



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594, fax: 06-1/882-8593

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Iktatószám: D.357/8/2018.

A tanács tagjai: Dr. Jánosi Bálint közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bán János közbeszerzési biztos, Dr. Hunya István közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Közbeszerzési Hatóság Elnöke
A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Bakos Balázs
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

Az ajánlatkérő: Budai Farm Kft.
(Kesznyéten, Kossuth u. 14.)
Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Esztári Csaba ügyvéd
(Budapest, Kelenhegyei út 41. fszt.1.)
(elektronikus úton)

A kérelmezett neve: Myko Industrial Kft.
(Berzék, Rákóczi út 45.)
A kérelmezett képviselője: Dr. Bálint Tamás
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
(elektronikus úton)

A beszerzés tárgya és értéke: Új pálinkafőző üzem építése Tiszadorogmán, 394.540.244.-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 39.000.000.-Ft, azaz harminckilencmillió forint; a kérelmezettel szemben 19.000.000.-Ft, azaz tizenkilencmillió 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. szeptember 19-én kelt, 656/4501/90/9/2017. 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 „Mezőgazdasági termékek értéknövelése és erőforrás-hatékonyságának elősegítése a feldolgozásban” című VP-3-4.2.1.1-15 számú felhívása alapján nyújtotta be a 1782221292. számú támogatási kérelmét. A támogatói okirat 3. melléklete szerint a projekt teljes költsége összesen 937.058.093.-Ft, amelyből a támogatás összege 453.954.708.-Ft, az önerő, a saját forrás összege pedig 483.103.385.-Ft.

2. Az ajánlatkérő 2017. október 27-én a Kbt. 113. § (1) bekezdése szerint összefoglaló tájékoztatást küldött a Közbeszerzési Hatóságnak, amelyet a Közbeszerzési Hatóság ugyanezen a napon közzétett a honlapján.

3. Az ajánlatkérő 2017. november 8-án három általa kiválasztott gazdasági szereplő – a kérelmezett, a Biodisposal Kft. és a Stone Mining Zrt. – valamint az összefoglaló tájékoztatás alapján érdeklődő gazdasági szereplők – a Jánosik és Társai Build Kft. és a Primogen FM Kft. – részére küldte meg az eljárást megindító felhívást (a továbbiakban: felhívás).

4. A felhívás 4. pontja szerint a közbeszerzés tárgya és mennyisége:

„Tárgya: építési beruházás: „Új pálinkafőző üzem építése Tiszadorogmán”

Az építendő a tulajdonában lévő telephelyen szeretne új pálinkafőző üzem kialakítani. Az ingatlanon jelenleg is pálinkafőző működik, mely egy elavult technológiával állítja elő a pálinkát. A technológiát befogadó épület rossz állapotban van, így a meglévő épület teljesen elbontásra, a tároló épület pedig átalakításra kerül az alkohol lepárló üzemekre vonatkozó speciális előírások szerint. A kialakítás lehetővé teszi a két főzési fázis jó elkülönítését. Az új üzem egyszintes, magas tetős kialakítású épület. Az építés során környezettudatos eljárások és megújuló energia kerül igénybe vételre. A kommunális szennyvíz helyi hálózatra való rákötése mellett egy biológiai szennyvíztisztító akna is telepítésre kerül, mely ártalmatlanítja a szennyvizet és azt másodlagos felhasználási célokra alkalmassá teszi. Továbbá napelem rendszer kerül kialakításra.

A teljes terület: 686,12 m²

A kialakítandó épület pálinkafőző üzem jellegére vonatkozó speciális előírások:

- Tartós, vízhatlan falak: világos színű, mosható teljes egészében csempeburkolattal padlóvonaltól a mennyezetig.
 - Tisztítható, világos színű és jól karbantartott és karban tartható mennyezetek.
 - Csúszásmentes, kopásálló, víz-, zsír-, és vegyszerálló padozat: kerámia járólap a jogszabályi előírásoknak megfelelő méretű és típusú ragasztó, fuga anyaggal, és két rétegű kent üzemi víz elleni szigeteléssel.
 - Résmentesen zárható műanyagyszerkezetű hűszigetelt külső nyílászárók, acéltokos fém ajtólapos belső nyílászárók a jogszabályban előírt megfelelő légelzárásra, tisztán tarthatóságra.
 - MR1000INOX folyadékűtő rendszer kiépítése 6,4 kW teljesítménnyel.
 - Gőz szakasz technológiai csőhálózat kiépítése 180 m hosszon: Csőhálózat szerelése 1/2" - 2" átmérő között, szerelvényekkel, kondenzvíz leválasztókkal, bypass ággal, kazántápvíz, tápvíz tartály pótvíz utántöltés, oldható kötésekkel megszerelve, bilincselve.
- A projekt keretében még kialakításra kerül:
- 6 db személyautó parkoló.
 - 41,04 kWp. AC 40 kwh teljesítményű szigetüzemű napelemes rendszer telepítése.
 - kerítés

Az elvégzendő építési munka építési engedélyköteles tevékenység. A jogerős építési engedély rendelkezésre áll, mely a műszaki dokumentumok között megküldésre kerül.

Vállalkozó feladatát képezi jelen ajánlattételi felhívással egyidejűleg megküldött dokumentációban, így a „Műszaki leírás” című dokumentumban, a megküldött tervekben, a szerződéstervezetben, valamint az árazatlan költségvetésben összefoglalt tevékenységek teljes körű ellátása.

A részletes feladatleírást és az árazatlan költségvetést az ajánlattételi felhívás és dokumentáció részét képező műszaki leírás tartalmazza.

A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet (továbbiakban: Kr.) 46. § (3) bekezdésében foglaltakra tekintettel ajánlatkérő felhívja a figyelmet, hogy, amennyiben a közbeszerzés tárgyának egyértelmű és közérthető meghatározása szükségessé tette meghatározott gyártmányú, eredetű, típusú dologra, eljárásra, tevékenységre, személyre, szabadalomra vagy védjegyre való hivatkozást, a megnevezés csak a tárgy jellegének egyértelmű meghatározása érdekében történt, és megnevezés mellett a „vagy azzal egyenértékű” minden esetben értendő. Ajánlatkérő felhívja a figyelmet, hogy egyenértékű dolog megajánlása esetén az egyenértékűséget az ajánlattevőnek az ajánlatában igazolnia kell.”

5. 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 saját forrásból, illetve a VP-3.4.2.1-15. számú (Mezőgazdasági termékek értéknövelése és erőforrás-hatékonyságának elősegítése a feldolgozásban) konstrukció keretében 1782221292. azonosítószámú pályázati forrásból, részben az Európai Unió forrásából biztosítja.

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

Az elszámolás formája: utófinanszírozás.

Ajánlatkérő a Kbt. 135. § (8) bekezdés alapján a szerződésben foglalt - tartalékkeret és áfa nélkül számított - teljes ellenszolgáltatás 20%-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 igénybe vételét nem köti előleg-visszafizetési biztosíték nyújtásához.

Az ajánlatkérő a vállalkozói díjat 30 napos fizetési határidő mellett, az igazolt szerződésszerű 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.

A teljesítés során 3 db számla (az esetleges előlegszámlát nem számítva, de ideértve a végszámlát Ajánlatkérő részszámlázást az alábbiak szerint biztosít:

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 40%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 60%-át elérő megvalósult teljesítés esetén;
- végszámla benyújtása: a teljes nettó vállalkozói díj 40%-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.)

Kormányrendelet

- 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.

6. Az ajánlattételi határidőig a kérelmezett és a Stone Mining Zrt. tett ajánlatot.
7. Az ajánlatkérő 2018. január 10-én vállalkozási szerződést kötött a közbeszerzési eljárás nyertes ajánlattevőjével, a kérelmezettel.
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 394.540.244.-Ft + ÁFA.
10. A IV.14. pont tartalmazta, hogy az ajánlatkérő a beruházás pénzügyi fedezetének 50,000000%-át a VP-3-4.2.1.1-15 számú (Mezőgazdasági termékek értéknövelése és erőforrás-hatékonyságának elősegítése a feldolgozásban) konstrukció keretében 1782221292. azonosítószámon benyújtott pályázatból, Európai Uniói 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. § (8) bekezdése alapján – a jelen szerződésben foglalt – teljes nettó vállalkozói díj 20%-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 3 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 40%-ának megfelelő összegről az áfa nélküli vállalkozói díj 60%-át elérő, megvalósult teljesítés esetén;
 - végszámla benyújtása: a teljes nettó vállalkozói díj 40%-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 szerződészerű 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) 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 a 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 szerződészerű teljesítést és az elfogadott teljesítésigazolást követően a kérelmezett által kiállított számlák, továbbá a számlákhoz 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 a 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 szerződészerűen, 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. 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.

27. A munkaterületet az építési napló szerint 2018. január 15-én adta át az ajánlatkérő a kérelmezett számára. A kérelmezett 2018. január 16-án elkezdte a kivitelezési munkát.

28. A kérelmezett 2018. január 17-én kiállította és benyújtotta az EB/2018/MY/001 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 65.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 19-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a CP3SA1553227 számú számlát a kérelmezett 2018. január 18-án állította ki.

29. A kérelmezett 2018. január 19-én kiállította és benyújtotta az EB/2018/MY/002 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 65.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 23-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a CP3SA1553228 számú számlát a kérelmezett 2018. január 23-án állította ki.

30. A kérelmezett 2018. január 23-án kiállította és benyújtotta az EB/2018/MY/003 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 34.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 25-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a CP3SA1553229 számú számlát a kérelmezett 2018. január 25-én állította ki.

31. A kérelmezett 2018. január 23-án kiállította és benyújtotta az EB/2018/MY/004 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 30.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 25-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a CP3SA1553230 számú számlát a kérelmezett 2018. január 23-án állította ki.

32. Az ajánlatkérő 2018. február 23-án kiállította a kérelmezett részére az első részszámla benyújtásához szükséges teljesítésigazolást.

A kérelmezett 2018. február 23-án kiállította és benyújtotta a CP3SA1553233 számú első részszámláját és a hozzá tartozó teljesítésről szóló részletezést. A számla értéke 171.939.604.-Ft volt, melyből levonták az első három kifizetett előleget, összesen 164.000.000.-Ft-ot. A fizetendő összeg így 7.939.604.-Ft lett.

Az ajánlatkérő a számla végösszegéből 1.500.000.-Ft-ot 2018. február 26-án készpénzben fizetett ki a kérelmezett részére, további 339.604.-Ft-ot 2018. március 19-én szintén készpénzben fizetett ki, a fennmaradó 6.100.000.-Ft-ot 2018. március 20-án utalta át a kérelmezettnek.

A hivatalbóli kezdeményezés

33. 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.

34. 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. Előbbiekkel egyidejűleg kérte, hogy a Döntőbizottság szabjon ki bírságot az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel.

35. Kezdeményezésében előadta, hogy a 2018. augusztus 7-én kelt, T-03283/03/2018. 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.

36. Az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás során közölt feltételeknek és a megkötött közbeszerzési szerződés feltételeinek is megfelelően eredetileg nettó 78.908.049.-Ft összegű, a nettó vállalkozói díj 20%-ának megfelelő összegű előleg rendelkezésre bocsátását vállalta. Továbbá az ajánlatkérő az első részszámla nettó 78.908.049.-Ft (a nettó vállalkozói díj 20%-a), a második részszámla nettó 157.816.098.-Ft (a nettó vállalkozói díj 40%-a) és a végszámla nettó 157.816.098.-Ft (a nettó vállalkozói díj 40%-a) összegben történő kiállítására adott lehetőséget azzal, hogy az igénybe vett 20% mértékű előleg összege a végszámlában kerül elszámolásra.

37. A hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló dokumentumok alapján ugyanakkor az állapítható meg, hogy az ajánlatkérő 2018. január 19. és 2018. január 25. között – lényegesen meghaladva az előleg közbeszerzési eljárás során 20%-ban maximált mértékét – összesen nettó 194.000.000.-Ft, a nettó vállalkozói díj 49,17%-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.

38. Következésképp az ajánlatkérő a szerződés szerinti, a nettó vállalkozói díj 20%-ának megfelelő, nettó 78.908.049.-Ft összegű előleg biztosítása helyett a nettó vállalkozói díj 49,17%-át kitevő, nettó 194.000.000.-Ft összegű előleget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére, amellyel a CP3SA1553230 számú előlegszámla alapján kifizetett nettó 30.000.000,- Ft összeget leszámítva az első részszámlában számoltak el a felek. Megállapítható továbbá, hogy a kérelmezett a CP3SA1553233 számú első előlegszámláját a

szerződés szerinti, a nettó vállalkozói díj 20%-át kitevő nettó 78.908.049.-Ft helyett a nettó vállalkozói díj 43,58%-át kitevő nettó 171.939.604.-Ft összegről állította ki, amelyet az ajánlatkérő leigazolt.

39. 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.

40. 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 alapvető rendelkezéseket.

41. 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 úgy, hogy annak visszafizetésével kapcsolatban nem követelt meg semmilyen biztosítékot. Az ajánlatkérő azzal, hogy az általa tudottan likviditási problémákkal küzdő kérelmezett rendelkezésére bocsátott összesen nettó 194.000.000.-Ft előleget bármiféle biztosíték megkövetelése nélkül, megsértette a Kbt. 2. § (4) bekezdésében meghatározott alapvető rendelkezést.

42. 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.

42. 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.

44. 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.

45. 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.

46. Figyelemmel arra, hogy a közbeszerzési eljárás során közölt feltételek szerint az ajánlatkérő a nettó vállalkozói díj 20%-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 49,17%-át kitevő, nettó 194.000.000.-Ft összegű előleget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére és a nettó vállalkozói díj 43,58%-át kitevő nettó 171.939.604.-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 tökeerős, azonban a szerződés teljesítésére alkalmas ajánlattevők részvételét és a kérelmezett ajánlata helyett másik ajánlat nyertességét.

47. 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 vállalkozó 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.

48. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint 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.

49. 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, amelyek 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.

50. 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 foglalt 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.

51. A hivatkozott jogszabályi rendelkezés relevanciáját támasztja alá az ajánlatkérő és a kérelmezett azon nyilatkozata is, amelyben előadják, hogy az építési beruházás megvalósíthatóságának akadályaként merült fel a szerződéskötést követően az építőanyagok drágulása és a munkadíjak emelkedése. A rendelkezésre álló nyilatkozatok alapján a felek a fenti tényezőket a beruházás megvalósíthatóságának akadályaként értékelték, amire tekintettel közös akaratelhatározással változtattak az előre meghatározott előlegfizetési rendelkezéseken, mivel a kérelmezett nem rendelkezett az építőanyagok előrendeléséhez szükséges forrással. 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.

52. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértés megtörténtének legkorábbi időpontjaként az előleg mértékével kapcsolatos szerződésmódosítás tekintetében 2018. január 23-át jelölte meg, mivel a kérelmezett ezen a napon nyújtotta be a szerződési feltételekben meghatározott 20%-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. február 23-a, 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 napon benyújtotta a részszámlát.

53. A hivatalbóli kezdeményező a jogsértésről való tudomásszerzés időpontjaként 2018. augusztus 24-ét jelölte meg, mivel az ajánlatkérő a fenti napon küldte meg a hivatalbóli kezdeményező részére azokat az előlegbekérőket és számlákat, amelyek alapján a fentiekben részletezett jogsértés feltételezhetővé vált.

Az ajánlatkérő észrevétele

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

55. 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.

56. 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.

57. 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.

58. 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.

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

60. 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 részszámlák kifizetése. A kérelem két önálló al-elemből áll.

61. 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 tett, sem bizonyítékot nem hivatkozott 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.

62. 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.

63. 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 194.000.000.-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 előleg biztosítási és biztosítéki kérdés.

64. A hivatalbóli kezdeményező mindazonáltal számszakilag is hibás előterjesztést tesz, mivel az általa állított 194.000.000.-Ft-nak a fele a támogatás, azaz a közpénz, így valójában 97.000.000.-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.

65. 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.

66. 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.

67. 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.

68. 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.

69. 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.

70. 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.

71. 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 kérelmezett 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.

72. 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 jogászokba kezdenek és a nyertes ajánlattevő más módon érvényesíti a megváltozott körülmények születe – 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.

73. 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.

74. 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 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.

A kérelmezett észrevétele

75. 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.

76. 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.

77. 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 érthető, 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.

78. 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.

79. 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.

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

81. 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 döntése és annak indokai

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

83. 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.

84. 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.

85. 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.

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

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

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

89. A Kbt. 2. § (2) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítani 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.

90. A Döntőbizottság megállapította, hogy a hivatalból 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.

91. A következőes döntőbizottsági és bírósági joggyakorlat szerint, amennyiben a hivatalból 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.

92. Tekintettel arra, hogy a hivatalból 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.

93. 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.

94. 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.

95. 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.

96. 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.

97. 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.

98. 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.

99. 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.

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

101. 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.

102. 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 három részszámla benyújtásának lehetőségét biztosította. Továbbá, a vállalkozási szerződés IV.15. pontjában az ajánlatkérő a Kbt. 135. § (8) bekezdése szerint a Kbt. 135. § (7) bekezdésében foglalt kötelező mértéket meghaladóan (a teljes nettó ellenszolgáltatás 20%-a) biztosította az előleg igénybevételenek lehetőségét. Az előleggel a vállalkozási szerződés IV.17. pontjában rögzítettek szerint a végszámlában kellett elszámolni.

103. A Döntőbizottság megállapította továbbá, hogy az ajánlatkérő az első teljesítésigazolás kiállításának a napja, 2018. február 23-a előtt kifizetett a kérelmezett számára összesen 194.000.000.-Ft összeget: 2018. január 19-én 65.000.000.-Ft értékben, 2018. január 23-án további 65.000.000.-Ft értékben, 2018. január 25-én 34.000.000.-Ft és 30.000.000.-Ft értékben.

104. Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, az ajánlatkérő azzal a magatartásával, hogy az előleg szerződésben rögzített 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 előleg (78.908.049.-Ft) összegén felül a teljes nettó ellenszolgáltatás 29,17%-ának megfelelő összeget (115.091.951.-Ft-ot). A Döntőbizottság álláspontja szerint az előleg szerződésben rögzített mértékét túllépő ajánlatkérői kifizetésekre csak az adott munkára, munkarészre vonatkozó teljesítésigazolás kiállítását követően kerülhetett volna sor.

105. 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 78.908.049.-Ft-ról. Ehhez képest a kérelmezett úgy jutott a teljes nettó ellenszolgáltatás 29,17%-ának megfelelő összeghez, hogy az ellenszolgáltatás kifizetése előtt teljesítésigazolás kiállítására nem került sor.

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

107. 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.

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

109. 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.

110. 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.

111. A Ptk. 6:94. § [A szerződés alakhi 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 alakiség mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása abban az esetben is semmis, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött.

112. 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.

113. 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 alakiság megtartásával, írásban történhetett volna.

114. A Döntőbizottság utal arra is, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre háttérjogszabályként alkalmazandó Ptk. a szerződésmódosításra vonatkozó kötelező alakiság 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 akarategyezségben döntöttek úgy, hogy a vállalkozási szerződés szerinti szabályokhoz képest más módon intézik az építési beruházás ellenértékének kifizetését.

115. 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.

116. 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 e pontokban foglalt esetek valamelyike megvalósul.

117. A Döntőbizottság részletesen 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.

118. 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, három 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, 60%-os készülségi fok esetén a nettó vállalkozói díj további 40%-át, 100%-os készülségi fok esetén pedig a nettó vállalkozói díj további 40%-át kifizetnie.

119. Előbbiekkal ellentétben az ajánlatkérő úgy fizette ki (az előleg összegén felül) a nettó vállalkozói díj 29,17%-át, hogy igazolt teljesítés, vagyis szolgáltatás nem állt az ellenszolgáltatással szemben. 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 egyharmadához.

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

121. 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 (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.

122. 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 határozat 82-86. pontjaiban foglaltak szerint 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.

123. 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.

124. 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.

125. 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.

126. 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.

127. 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.

128. 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.

129. A Döntőbizottság a bírság összegének megállapításában az eset összes körülményét figyelembe vette.

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 egyharmadát.

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 Döntőbizottság álláspontja szerint magasabb összegű bírság kiszabását indokolja a közbeszerzés jelentős (394.540.244.-Ft összegű) értéke.

A Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett javára értékelte, hogy a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között viszonylag hosszú idő (majdnem 9 hónap) telt el és az ajánlatkérővel, valamint a kérelmezettel szemben a Döntőbizottság jogsértést még nem állapított meg. 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.

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

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

132. 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, 2018. december 21.

Dr. Jánosi Bálint sk.
a tanács elnöke

Bán János sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Hunya István sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelélül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Közbeszerzési Hatóság Elnöke, Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (KRID: 341768375, iktatószám: T-03283/27/2018.)
2. Esztári Ügyvédi Iroda, Dr. Esztári Csaba ügyvéd (elektronikus úton)
3. Dr. Bálint Tamás felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkárság (elektronikus úton)