



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-859, fax: 06-1/882-8593

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma:

D.362/8/2018.

A tanács tagjai: Pulainé Dr. Horváth Hajnalka közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bán János közbeszerzési biztos, Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Közbeszerzési Hatóság Elnöke
(Budapest, Riadó u. 5.)
A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Fabó László felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó
(Budapest, Riadó u. 5.)

Az ajánlatkérő: Biodisposal Kft.
(Budapest, Donáti u. 38. A.lház. fszt.)
Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Esztári Csaba ügyvéd
Esztári Ügyvédi Iroda
(Budapest, Kelenhegyi út 41. fszt. 1.)

A kérelmezett: Stone Mining Zrt.
(Rudabánya, Sport út 15.)
A kérelmezett képviselője: Dr. Bálint Tamás felelős akkreditált
közbeszerzési szaktanácsadó
(Pécs, Nap u. 18.)

A közbeszerzés tárgya – értéke: Vágóhíd építése Szuhogyon – 393.522.567.-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, míg 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 teljesíték.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

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

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő 2017. augusztus 31. napján a Kbt. 113. § (1) bekezdés szerinti összefoglaló tájékoztató megküldése útján nyílt közbeszerzési eljárást indított. Az ajánlattételi felhívást és az ajánlati dokumentációt 2017. szeptember 8-án küldte meg három általa kiválasztott gazdasági szereplő – a kérelmezett, a SimQ-Splényi Kft. és a Bódvavölgy-Bau Kft. – valamint az összefoglaló tájékoztató alapján érdeklődő gazdasági szereplők – a Mento Környezetkultúra Kft., a Laterex Építő Zrt. és a Primogen FM Kft. – részére.

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

„Tárgya: építési beruházás: „Vágóhid építése Szuhogyon”

Az építendő a tulajdonában lévő telephelyen szeretne vágóhidat kialakítani. A felújítás alatt beépített anyagok és elvégzett kivitelezési technológiák eredményeképpen egy modern, energiatakarékos és versenyképes vágóhid üzem kerül kialakításra.

A vágóhid üzem teljes területe: 419,19 m²

A kialakítandó épület vágóhid jellegére vonatkozó speciális előírások:

Tartós, vízhatlan falak: világos színű, mosható teljes egészében csempeburkolattal padlóvonaltól a mennyezetig.

Tisztítható, világos színű és jól karbantartott és karbantartható mennyezetek.

Csúszásmentes, kopásálló, víz-, zsír-, és vegyszerálló padozat: kerámia járólappal a jogszabályi előírásoknak megfelelő méretű és típusú ragasztó, fuga anyaggal, és kétrétegű kent üzemi víz elleni szigeteléssel.

Résmentesen zárható műanyag szerkezetű hőszigetelt külső nyílászárók, acéltokos fém ajtólapos belső nyílászárók a jogszabályban előírt megfelelő légelezésre, tisztán tarthatóságra.

Az eszközök fertőtlenítésére 82 Celsius fokos forró víz előállítására alkalmas levegővízhőszivattyús berendezés és rendszer.

Külön, zárható helységek a visszatartott és emberi fogyasztásra nem alkalmas hús tárolására: hőszigetelt hűtőházi szendvicspanelből készült hűtőkamrák, melyek teljes határoló felülete 289,14 m².

Speciális az épületbe beépített rendszer, technológia: speciális mélységű iszapgyűjtővel ellátott padlóösszefolyó, futómacska, légfüggöny.

A projekt keretében még kialakításra kerül:

- 6 db személyautó parkoló.

- 40 kwh teljesítményű hálózatra visszatápláló napelemes rendszer.

- 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 feladateleírást 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.”

A felhívás 7. pontja szerint a szerződés teljesítésének határideje 2019. július 30. napja azzal, hogy az ajánlatkérő előteljesítést elfogad.

A felhívás 8. pontja szerint a teljesítés helye 3734 Szuhogy, József Attila u. 1. (94. hrsz).

A felhívás 9. pontja szerint:

„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 1763569351. 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. § (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 igénybevételét 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 igénybevételének 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 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 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 mellékletül is szolgál.”

A felhívás 12. pontja szerint az ajánlatok értékelési szempontja a Kbt. 76. § (2) bekezdés c) pontja szerint a legjobb ár-érték arány volt. Ezen belül az 1. értékelési szempont a nettó ajánlati ár volt 70-es súlyszámmal.

2. A felhívás 20. pontja tartalmazta az ajánlati biztosítékokra, valamint a a szerződésben megkövetelt biztosítékokra vonatkozó információkat. Az ajánlatkérő jótállási biztosítékot, késedelmi és meghiúsulási kötbért írt elő, ajánlati biztosítékként 1.500.000.-Ft megfizetését írta elő az ajánlattételi határidőig azzal, hogy az ajánlati biztosíték nem válik szerződést biztosító mellékkötelezettséggé.

3. A felhívás 21. pontja szerint a közbeszerzés Európai Unióból származó forrásból támogatott, a pályázati konstrukció: VP-3.4.2.1-15. számú (Mezőgazdasági termékek értéknövelése és erőforrás-hatékonyágának elősegítése a feldolgozásban), azonosító szám: 1763569351.

4. Az ajánlatkérő az „Ajánlattételi felhívás és dokumentáció” című dokumentum 3. köteteként az ajánlattevők rendelkezésére bocsátotta a szerződéstervezetet.

5. Az ajánlattételi határidőig, 2017. szeptember 25-én 11:00 óráig két ajánlat érkezett. A kérelmezett 1. értékelési szempontra tett ajánlata 366.892.000.-Ft, a Bódvavölgy-Bau Kft. ajánlattevő 1. értékelési szempontra tett ajánlata 376.650.000.-Ft volt. A bontási jegyzőkönyv szerint az eljárás becsült értéke és egyben a rendelkezésre álló fedezet összege egyránt 393.522.567.-Ft volt.

6. Az ajánlatkérő 2017. október 5-én készítette el az összegezést és küldte meg az ajánlattevők részére. Az összegezés szerint a kérelmezett lett a nyertes ajánlattevő, az ajánlati ára 366.892.000.-Ft volt, a Bódvavölgy-Bau Kft. ajánlata érvénytelen lett.

7. Az ajánlatkérő még ugyan ezen a napon készített egy javított összegezést, mely szerint a kérelmezett lett a nyertes ajánlattevő, az ajánlati ára 393.837.167.-Ft volt, a Bódvavölgy-Bau Kft. ajánlata érvénytelen lett. Az ajánlatkérő a javítás indokaként azt nyilatkozta, hogy adminisztrációs hibából kifolyólag a korábban megküldött összegezésben nem került rögzítésre a számítási hiba javításából eredő végleges ajánlati ár nyertes ajánlattevő vonatkozásában, mely a javított összegezésben javításra került.

8. Az ajánlatkérő, mint megbízó és a kérelmezett, mint vállalkozó 2017. október 16-án kötötték meg a vállalkozási szerződést. A vállalkozási szerződés – a közbeszerzési eljárásban rendelkezésre bocsátott szerződéstervezettel egyezően – a következő releváns részeket tartalmazta.

9. A vállalkozási szerződés tárgya a szerződés II. fejezet 1. pontja szerint:
„Megrendelő megrendeli, Vállalkozó pedig vállalkozói díj ellenében elvállalja a közbeszerzési eljárás során keletkezett dokumentumokban, jelen szerződésben, valamint a vonatkozó jogszabályokban, szabványokban foglalt tartalom szerint »Vágóhíd építése Szuhogyon« című projekteleme kivitelezési feladatainak ellátását eredményfelelősséggel.
A munkavégzés helye: Szuhogy, József Attila u. 1. 94. hrsz.»

10. A vállalkozási szerződés IV. fejezete a vállalkozói díjról és annak kifizetéséről – többek között – a következőket tartalmazta:

„2. A vállalkozói díj átalánydíj (mely a kapcsolódó szolgáltatások, költségek stb. egészét is tartalmazza), amelynek jogi természetével Felek tisztában vannak. Vállalkozó ez alapján további ellenszolgáltatás-fizetési igényt Megrendelővel szemben semmiféle jogcímen nem támaszthat, kivéve, ha jelen szerződés másként rendelkezik.”

„3. Az átalánydíj a Megrendelő által szolgáltatott árazatlan költségvetés alapján, Vállalkozó költségvetése szerint került meghatározása.”

„7. Vállalkozó további fizetési igényt Megrendelővel szemben semmiféle jogcímen nem támaszthat, kivéve késedelmes fizetés esetén Megrendelő, mint szerződő hatóság 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 Vállalkozó a késedelem bekövetkezésétől számított egy éves jogvesztő határidőn belül a 2016. évi IX. törvény-ben rögzített feltételek szerint a kötelező törvényi minimum mértékében követelheti.”

„11. Megrendelő többletmunkaellenérték-fizetési igényt nem fogad el. Ezzel kapcsolatban Vállalkozó – mint a szerződés tárgyával kapcsolatban kellő szakértelemmel rendelkező jogi személy – jelen szerződés aláírásával kijelenti, hogy a közbeszerzési eljárás alatt teljes mértékben megismerte az elvégzendő feladatot és annak körülményeit, így kijelenti, hogy az általa megajánlott (tartalékkeret nélküli) vállalkozói díj valamennyi feltétel kielégítéséhez szükséges munkára (anyagra, berendezési és felszerelési tárgyra, kockázatra, stb.) fedezetet nyújt, így többletmunkaellenérték-fizetési igényéről jelen szerződéssel feltétel nélkül és visszavonhatatlanul lemond. Ez kiterjed a Ptk. 6:245. § (1) bek. második mondatában foglalt költségekre is. Vállalkozó kijelenti, hogy az ár-, árfolyamváltozásokkal, továbbá banki, adózási kondíciók változásával kapcsolatos kockázatokat felmérte, és arra a vállalkozói díj teljes mértékben fedezetet nyújt.”

„15. Megrendelő a Kbt. 135. § (7) bekezdése alapján - a jelen szerződésben foglalt - teljes nettó vállalkozói díj 5 %-ának megfelelő összeg mértékében biztosítja az előleg igénybe vételét Vállalkozónak.

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

17. Az előleggel a végszámlában kell teljes körűen elszámolni. Felek rögzítik, hogy amennyiben a jelen szerződés az előleg elszámolása előtt megszűnne, a szerződés megszűnésének napját követő banki 5. napig (alapuljon az bármely jogcímen) köteles a Vállalkozó a felvett, de még el nem számolt előleget késedelmi kamat terhe mellett a megrendelőnek átutalással hiánytalanul visszafizetni.

18. Felek megállapodnak abban, hogy az előleg igénybe vételét a Megrendelő ajánlati biztosíték nyújtásához köti, az ajánlattételi felhívás 20. pontjában részletezettek szerint.

19. Az előlegszámla összege a végszámlában számolható el.

20. Megrendelő 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 a Megrendelőnek történő birtokba adása, és ennek a teljesítésigazolásban való elismerése.”

„28. A kiszámlázott díj nem térhet el a jelen szerződésben foglaltaktól.”

11. A munkaterületet az építési napló szerint 2017. október 20-án adta át az ajánlatkérő a kérelmezett számára. A kérelmezett alvállalkozója 2017. október 26-án elkezdte a kivitelezési munkát.

12. A kérelmezett 2017. október 16-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/001 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 6.500.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 16-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285009 számú számlát a kérelmezett 2017. október 16-án állította ki.

13. A kérelmezett 2017. október 18-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/002 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 5.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 18-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285010 számú számlát a kérelmezett 2017. október 18-án állította ki.

14. A kérelmezett 2017. október 18-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/003 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 17.500.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 18-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285011 számú számlát a kérelmezett 2017. október 18-án állította ki.

15. A kérelmezett 2017. október 20-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/004 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 16.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 20-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285012 számú számlát a kérelmezett 2017. október 20-án állította ki.

16. A kérelmezett 2017. október 25-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/005 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 15.500.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 25-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285013 számú számlát a kérelmezett 2017. október 25-én állította ki.

17. A kérelmezett 2017. október 26-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/006 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 10.800.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 26-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285014 számú számlát a kérelmezett 2017. október 26-án állította ki.

18. A kérelmezett 2017. október 30-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/007 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 5.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 30-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285015 számú számlát a kérelmezett 2017. október 30-án állította ki.

19. A kérelmezett 2017. október 30-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/008 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 3.313.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 30-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285016 számú számlát a kérelmezett 2017. október 30-án állította ki.

20. A kérelmezett 2017. október 30-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/009 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 1.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. október 30-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285017 számú számlát a kérelmezett 2017. október 30-án állította ki.

21. A kérelmezett 2017. november 6-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/010 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 9.800.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. november 6-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285018 számú számlát a kérelmezett 2017. november 6-án állította ki.

22. A kérelmezett 2017. november 7-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/011 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 9.400.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. november 7-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285019 számú számlát a kérelmezett 2017. november 7-én állította ki.

23. A kérelmezett 2017. november 7-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/012 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 9.271.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. november 9-én utalta át a kérelmezett részére, melyről az NJ6SA2584306 számú számlát a kérelmezett 2017. november 9-én állította ki.

24. A kérelmezett 2017. november 23-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2017/013 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 3.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2017. november 23-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285020 számú számlát a kérelmezett 2017. november 23-án állította ki.

25. A kérelmezett 2017. december 11-én kiállította és benyújtotta az LR5LA0042473 számú első részszámláját. A számla értéke 83.199.483.-Ft volt, melyből levontak kilenc kifizetett előleget, összesen 82.613.000.-Ft-ot. A fizetendő összeg így 586.483.-Ft lett. A levont előlegszámlák sorszámai: OL6SA0285009, OL6SA0285010, OL6SA0285011, OL6SA0285012, OL6SA0285013, OL6SA0285014, OL6SA0285015, OL6SA0285016, OL6SA0285020.

Az ajánlatkérő a számla végösszegét 2017. december 18-án készpénzben fizette ki a kérelmezett részére.

26. A kérelmezett 2018. január 5-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/001 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 50.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 5-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285022 számú számlát a kérelmezett 2018. január 5-én állította ki.

27. A kérelmezett 2018. január 5-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/002 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 20.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 5-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285023 számú számlát a kérelmezett 2018. január 5-én állította ki.

28. A kérelmezett 2018. január 5-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/003 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 10.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 5-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285024 számú számlát a kérelmezett 2018. január 5-én állította ki.

29. A kérelmezett 2018. január 5-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/004 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 10.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 5-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285025 számú számlát a kérelmezett 2018. január 5-én állította ki.

30. A kérelmezett 2018. január 5-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/005 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 5.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 5-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285026 számú számlát a kérelmezett 2018. január 5-én állította ki.

31. A kérelmezett 2018. január 5-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/006 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 5.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. január 5-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285027 számú számlát a kérelmezett 2018. január 5-én állította ki.

32. A kérelmezett 2018. március 6-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/013 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 2.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. március 6-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285035 számú számlát a kérelmezett 2018. március 6-án állította ki.

33. A kérelmezett 2018. március 8-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/014 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 19.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. március 8-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285036 számú számlát a kérelmezett 2018. március 8-án állította ki.

34. A kérelmezett 2018. március 14-én kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/015 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 1.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. március 14-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285037 számú számlát a kérelmezett 2018. március 14-én állította ki.

35. A kérelmezett 2018. május 2-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/016 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 5.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. május 2-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285038 számú számlát a kérelmezett 2018. május 2-án állította ki.

36. A kérelmezett 2018. június 8-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/017 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 1.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. június 8-án utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285042 számú számlát a kérelmezett 2018. június 8-án állította ki.

37. A kérelmezett 2018. július 18-án kiállította és benyújtotta az EB/SM/2018/021 számú előlegbekérőt (proforma számlát) 4.000.000.-Ft értékben. Az ajánlatkérő az összeget 2018. július 19-én utalta át a kérelmezett részére, melyről a OL6SA0285046 számú számlát a kérelmezett 2018. július 19-én állította ki.

A hivatalbóli kezdeményezés

38. A hivatalbóli kezdeményező 2018. augusztus 7. napján kelt, T-03300/03/2018. iktatószámú végzésében közigazgatási hatósági eljárás keretében történő ellenőrzését követően 2018. október 25. napján hivatalból jogorvoslati eljárást kezdeményezett.

39. Elsődlegesen alapelvi sérelem megállapítását indítványozta, mely szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 2. § (2) és (4) bekezdéseiben foglalt alapelvi rendelkezéseket, melyek előírják, hogy az ajánlatkérőnek esélyegyenlőséget és egyenlő bánásmódot kell biztosítania a gazdasági szereplők számára, valamint a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia.

40. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy a vállalkozási szerződésben rögzített fizetési feltételek és a nettó 393.837.167.-Ft összegű vállalkozói díj alapján az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás során közölt és a megkötött közbeszerzési szerződés feltételeinek is megfelelően eredetileg nettó 19.691.858,35 Ft összegű, a nettó vállalkozói díj 5%-ának megfelelő összegű előleg rendelkezésre bocsátását vállalta a kérelmezettnek, valamint az első részszámla nettó 78.767.433,40 Ft (a nettó vállalkozói díj 20%-a), a második részszámla nettó 157.534.866,80 Ft (a nettó vállalkozói díj 40%-a) és a végszámla nettó 157.534.866,80 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.

41. Az ajánlatkérő 2017. október 16. napja és 2017. november 23. napja között – lényegesen meghaladva az előleg közbeszerzési eljárás során 5%-ban maximált mértékét – nettó 112.084.000.-Ft, a nettó vállalkozói díj 28,45%-ának megfelelő összegű előleget utalt át a kérelmezett részére az LR5LA0042473 számú első részszámla (2017. december 11. napján kelt) kibocsátásáig.

42. A hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló dokumentumok alapján a 2017. december 11. napján kelt LR5LA0042473 számú első részszámlában 83.199.483.-Ft teljesítési összeg került megjelölésre, amelyből 82.613.000.-Ft összegű előleg került levonásra.

43. Következésképpen egyrészt a kérelmezett az első részszámláját a szerződés szerinti, a nettó vállalkozói díj 20%-át kitevő nettó 78.767.433,40 Ft helyett a nettó vállalkozói díj 21,12%-át kitevő nettó 83.199.483.-Ft összegről állította ki. Másrészt a levonásra került 82.613.000.-Ft összegű előleg nem a végszámlában, hanem az első részszámlában került elszámolásra. Harmadrészt az előleg nem az építési munkaterület 2017. október 20. napján történt átadását követő 15 napon belül került kifizetésre. Negyedrészt az ajánlatkérő mégis élt az előleg részletekben való kifizetésével.

44. A hivatalbóli kezdeményező rendelkezésére álló dokumentumok alapján továbbá az LR5LA0042473 számú első részszámla kibocsátását követően az ajánlatkérő 2018. január 5. napja és 2018. július 19. napja között további nettó 132.084.000.-Ft, a nettó vállalkozói díj 33,51%-ának megfelelő összeget utalt át előleg jogcímen a kérelmezett részére.

45. Az ajánlatkérő tehát 2017. október 16. napja és 2018. július 19. napja között – lényegesen meghaladva az előleg közbeszerzési eljárás során 5%-ban maximált mértékét – mindösszesen nettó 244.084.000.-Ft-ot, a nettó vállalkozói díj 61,97%-ának megfelelő összeget utalt át a kérelmezett részére előleg jogcímen.

46. A fentiek a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint sértik a Kbt. 2. § (2) és (4) bekezdéseiben meghatározott alapelveket, 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, az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 2. § (2) bekezdésében az esélyegyenlőséggel és az egyenlő bánásmóddal kapcsolatos alapvető rendelkezéseket.

47. A hivatalbóli kezdeményező szerint az ajánlatkérő figyelmen kívül hagyta a Kbt. 2. § (4) bekezdésében foglalt, a közpénzek felhasználásakor szem előtt tartandó hatékony és felelős gazdálkodás alapelvét. Az ajánlatkérő az eredeti szerződéses feltételekben meghatározottaknál lényegesen nagyobb összegű előleget nyújtott a kérelmezett részére, amelynek visszafizetése az ajánlatkérő által a közbeszerzési eljárásban és a szerződésben kikötött biztosítékok mellett nem volt garantált. Az ajánlatkérő ugyanis a 1.500.000.-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 igénybevételét 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 244.084.000.-Ft előleget a kérelmezett részére, amellyel megsértette a Kbt. 2. § (4) bekezdésében meghatározott alapvető rendelkezést.

48. A hivatalbóli kezdeményező másodlagosan kérte megállapítani, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a Kbt. 141. § (6) bekezdésére figyelemmel a Kbt. 141. § (8) bekezdését.

49. Előadta, hogy 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. A szerződéses rendelkezések ilyen mértékű módosítása 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.

50. 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 61,97%-át kitevő, nettó 244.084.000.-Ft összegű előleget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére és a nettó vállalkozói díj 21,12%-át kitevő nettó 83.199.483.-Ft összegben került megjelölésre az első részteljesítés, a hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint 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. Az ajánlatkérő a kérelmezett számára lényegesen kedvezőbb kifizetéseket teljesített, amelyek ilyen módon versenylőnyt 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 ajánlati ár meghatározása során. Minél kedvezőbb feltételekkel jut ajánlattevő előleghez és a teljesített szolgáltatása ellenértékéhez, annál kisebb mértékben és költséggel szükséges pótlólagosan saját vagy külső forrás bevonása a teljesítés előfinanszírozásához.

51. A hivatalbóli kezdeményező álláspontja szerint 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 a kérelmezettet terhelő, az átalányáras szerződésben eleve benne rejlő kockázatokat vállalt magára, ami lényegében további gazdasági előnyöket jelentettek a kérelmezettnél. A kérelmezett részéről ezt az előre vállalt kockázatot fogalmazza meg a közbeszerzési szerződés IV. fejezetének 11. pontjában meghatározott azon rendelkezés is, miszerint a „Vállalkozó kijelenti, hogy az ár-, árfolyamváltozásokkal, továbbá banki, adózási kondíciók változásával kapcsolatos kockázatokat felmérte, és arra a vállalkozói díj teljes mértékben fedezetet nyújt”.

52. 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.

53. A hivatalbóli kezdeményező mindezek alapján kérte, hogy a Döntőbizottság – amennyiben annak feltételei fennállnak – a Kbt. 149. § (1) bekezdésének e) pontjára figyelemmel a Kbt. 165. § (2) bekezdésének e) pontja alapján elsődlegesen állapítsa meg az ajánlatkérővel szemben a Kbt. 2. § (2) és (4) bekezdésében foglalt alapvető 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. Kérte továbbá, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára tekintettel szabjon ki bírságot az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben.

Az ajánlatkérő észrevétele

54. Az ajánlatkérő észrevételében kérte a jogorvoslati kezdeményezés jogsértés hiánya miatti elutasítását, valamint a hivatalbóli kezdeményező eljárás költségeiben való marasztalását.

55. Előadta, hogy a hivatali kezdeményezőnek van egy elsődleges kérelme (mely két részből áll), és amennyiben annak nem adnának helyt, akkor másodlagos kérelemként (mely ugyancsak két részből áll) a másodlagos kérelmében előadottakat kéri figyelembe venni. A két kérelmi elem teljesítése azonban 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. Amennyiben az első kérelmi elem elutasítását követően a második kérelmi elemet tárgyalná a Döntőbizottság, ott is szükségszerűen az egyik elemet el kellene utasítani.

57. 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. 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 ugyanis az esetleges eljárás-vesztesség – eljárásnyertesség aránya szempontjából van jelentősége.

58. Álláspontja szerint 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 hivatali kezdeményező oldaláról a felelősséget a Döntőbizottság nem veheti át. Álláspontja szerint mindazonáltal sem az elsődleges kérelem, sem az annak helyébe lépő másodlagos kérelem – egyik elemében sem – nem foghat helyt.

59. Előadta, hogy a kezdeményező irat egyértelműen a szerződő felek szerződéskötést követően tanúsított magatartását kifogásolja. A kifogás tárgya a szerződésben rögzítettekhez képest eltérő előleg biztosítása, illetve eltérő összegű részszámlák kifizetése.

60. A Kbt. 2. § (2) bekezdésének feltételezett megsértésével kapcsolatban előadta, hogy a hivatalbóli kezdeményező a jogsértést abban látja, 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 a felelőssége csak és kizárólag akkor lenne e körben, ha előre tudta volna, hogy majd a szerződés megkötése után a szerződéses feltételeket módosítani fogja.

61. A hivatalbóli kezdeményező előadása nem több mint pusztá 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 tételesjogi 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.

62. Mindenfajta konkrétság, többletelem nélkül csak úgy általánosan a Kbt. 2. § (2) bekezdése megállapításának álláspontja szerint nincs helye.

63. A Kbt. 2. § (4) bekezdésének feltételezett megsértésével kapcsolatban előadta, hogy a hivatalbóli kezdeményező a jogsértést abban látja, 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 112.084.000.-Ft előleget biztosított bármiféle biztosíték nélkül a hivatalbóli kezdeményező szerint.

64. Álláspontja 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 el marasztaltatni az ajánlatkérőt. Az, hogy az ajánlatkérő miként gyakorolt kontrollt a kivitelezés felett, nem kizárólag előleg biztosítási és biztosítéki kérdés. A hivatalbóli kezdeményező figyelmen kívül hagyta az időközben történt folyamatos teljesítések mértékét is.

65. Ténykérdés, hogy az előleg elszámolásokkal kapcsolatban probléma nem merült fel. A hivatalbóli kezdeményező mindazonáltal számszakilag is hibás előterjesztést tesz, mivel az általa állított 112.084.000.-Ft-nak a fele a támogatás, azaz a közpénz, így valójában egyáltalában 56.042.000.-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. A döntő kérdés álláspontja szerint az, hogy volt e egyáltalán itt közpénz a jelen esetben, illetve az előlegből mennyi minősült közpénznek, valamint, hogy a közpénz visszafizetésének volt e garanciája.

66. Az előleg kifizetése nem közpénzből történt. Fogalmilag értelmezhetetlen tehát a Kbt. 2. § (4) bekezdésének megsértése. Amikor ezt a pénzt kifizette az ajánlatkérő, akkor 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.

67. A közpénz visszafizetésének pedig nem a szerződés a garanciája, hanem maga az ajánlatkérő által nyújtott biztosítékok az állam felé. Az ajánlatkérő az akinek kellő biztosítékokat kell adnia az állam illetékes szerve felé a közpénzfelhasználás hatékonyságának és felelősségének garantálása érdekében.

68. 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.

69. A Kbt. 141. § megsértésével kapcsolatban a következőket adta elő.

Tény, hogy az eljárás összefoglaló tájékoztatásában egyetlen pénzügyi adat sem került megjelölésre. Sem előleg, sem fizetési ütemezés, sem más pénzügyi adat. Így ennek megfelelően a kezdeményező irat okfejtése, miszerint a módosított pénzügyi adatok ismeretében más gazdasági szereplők is indultak volna, illetve mindez alkalmas volt kevésbé likvid gazdasági szereplők visszatartására, egyszerűen nem lehet igaz. Az összefoglaló tájékoztatásban nem szereplő adatok későbbi módosítása csak és kizárólag ezen adatok hiányában az eljárásba érdeklődőként jelentkezett, ajánlattételre felhívott, az alapinformációknak egyáltalában a birtokába került gazdasági szereplőkre hathat ki, másokra nem. Amiről nem tudott valaki, azzal nem számolhatott, így a nem tudott információ későbbi változásának számára jelentősége nincsen.

70. Azt pedig négy nyilatkozattal (Mento Kft., Bódvavölgy-Bau Kft., SimQ Splényi Kft. és Primogen FM Kft.) egyértelműen igazolta az ajánlatkérő, hogy a másik négy cég ajánlatát, aki egyáltalában az adatokat megismerte, nem befolyásolta ezen információ. Csak és kizárólag ezen cégek esetében lehet értelmezhető a kezdeményező irat okfejtése a más ajánlati tartalomról, vagy az ajánlattételtől való visszatartottságról. Ezen két cég viszonylatában azonban a helyzet tisztázott, a kezdeményező iratban állítottak cáfolatra kerültek. A kezdeményező irattal szemben az előadott lehetőség, még lehetőség szintjén sem áll fenn.

71. Bár a hivatalbóli kezdeményező a kérelmi elemekben nem pontosan jelöli meg kérelme alapját, csak utal a Kbt. 141. § (6) bekezdésére és csupán az indokolásban nevezi meg az érintett alpontot, valószínűsíthetően ezzel kívánta alátámasztani a Kbt. 141. § (6) bekezdése a) pontjának fennállását, ami ezen okból nyilvánvalóan nem teljesül.

72. A kezdeményező iratban 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.

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

74. Nem vitatott tény, hogy a szükséges építőanyagok a kormány előre nem látható intézkedései és 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 ajánlatkérő részére az építőanyagot vásárolta meg. A pénzt 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 a kérelmezett közreműködésével az ajánlatkérő az előlegként adott pénzt azonnal építőanyagra váltotta, számára előnyösebb áron.

75. A kérelmezett tehát egyértelműen az ajánlatkérő érdekében és javára járt el. Ezt teszik a partnerek a piaci viszonyok között. Ez nem, hogy a kérelmezettnek előnyös, hanem az ajánlatkérőnek. Fel sem merült a felekben, hogy ez a kérelmezett érdeke lenne.

76. A kezdeményező irat megkötött szerződés IV. fejezet 11. pontjára utalása a jelen kérdés szempontjából irreleváns, nem erről szól. Az építőanyag árak illetően vállalása túlmegy ugyanis az átalányáras szerződéses kikötéseken.

77. Ha a kérelmezett pusztán azért nem tudja adott áron teljesíteni a szerződést, mert nem tudta áremelkedés előtt megrendelni az anyagot, akkor az ajánlatkérő számára azért lett volna hátrányos, mert vagy egyszerűen nem tudta volna teljesíteni a szerződést a kérelmezett, vagy a kérelmezett 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.

78. A megoldás tehát nem kizárólag és nem egyoldalúan a kérelmezett érdekét szolgálta, a szerződés gazdasági egyensúlyát nem kizárólag az ő javára változtatta meg.

79. Más oldalról a gazdasági egyensúly nem önmagában, hanem a módosítás egészében, illetve a szerződés egészében értelmezhető, nem kiragadott egyoldalú részletében, mint ahogy a kezdeményező irat teszi. Szó sincs a kérelmezett gazdasági helyzetének egyoldalú módosításáról, melynek ne lenne ellentételezése, gazdasági haszna az ajánlatkérő számára. Az ajánlatkérő önmaga ellenségeként – és itt valóban 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.

80. A kezdeményező iratban feltételezett, Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontja sem valósult meg, ezért kérte a kezdeményezés ezen elemének elutasítását is.

81. Álláspontja szerint a jelen esetben szakértői kérdésről van szó. Ha ugyanis nincs konkrét összecszerzési növekedés az ellenértékben, azaz pusztán mennyiségi változásra vonatkozó vélelem nem állítható fel, akkor a hivatalbóli kezdeményezőnek szakértőt kellett volna bevonnia az egyoldalú egyensúly-változás alátámasztására, annak mértéke igazolására. Ez azonban nem történt meg. Szakkérdésről lévén szó, ezért szakvélemény nélkül a jelen kérdésben állást sem lehet foglalni.

82. Jogsértés megállapítása esetén kérte figyelembe venni, hogy az nem volt szándékos, illetve az ajánlatkérőn kívüli okból következhetett be. Kérte figyelembe venni, hogy 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. Kérte figyelembe venni, hogy a kifogásolt magatartásnak a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre semmiféle kihatása nem volt, illetve a feleken kívül egyáltalán senkire sincs semmiféle kihatása. Kérte figyelembe venni, hogy a becsült értéknek „csupán” az 50%-a közpénz, a többi saját forrás. Kérte, hogy amennyiben a Döntőbizottság mégis bírságot szabna ki, azt csak jelképes összegben tegye meg a cselekmény súlyához igazodóan.

A kérelmezett észrevétele

83. A kérelmezett észrevételében vitatta a jogsértés elkövetését, kérte a jogsértés hiányának megállapítását továbbá hivatkozott az ajánlatkérő által előadottakra.

84. Álláspontja szerint a kezdeményezés pontatlan, a Kbt. 149. § (1) bekezdés e) pontja követelményének nem tesz eleget, mivel a döntésre irányuló indítvány nem határozott. Ennek megfelelően álláspontja szerint a hivatalbóli kezdeményezőt a Kbt. 151. § (2) bekezdése a) pontja alapján hiánypótlásra kellett volna felhívni.

85. Idézte a Kbt. 141. § (4) és (6) bekezdéseit. Véleménye szerint a kérelem visszautal a (6) bekezdésre, így a kérelemben hivatkozott (6) bekezdésre történő visszautalás a (8) bekezdés megsértésével ellentétben áll.

86. Ennek megfelelően a jogorvoslati kérelem konkrét kérelme nem értelmezhető. Nem állapítható meg egyértelműen mit kér a hivatalbóli kezdeményező, amely azonban – figyelemmel a Döntőbizottság eddigi gyakorlatára és elvárásaira is – alapvető feltétel. Pontatlan továbbá a (6) bekezdés megjelölése is. A bekezdés egy általános részből és 3 alpontból áll. A kérelem azonban nem jelöli meg, hogy a legalább 4 lehetőség közül mire figyelemmel kéri megállapítani a jogsértést. A jogorvoslati kérelem (6) bekezdésre való általános utalása sem pontos, a kezdeményezésben található kérelemből nem állapítható meg, pontosan milyen döntést kér a hivatalbóli kezdeményező. A hiányt az sem menti, hogy egyébként a kezdeményezés indokolása csak a (6) bekezdés a) és b) pontját tárgyalja, mivel az indokolás független a Kbt.-ben előírt kérelemre vonatkozó alaki kellékektől.

87. A Kbt. 1. § (1) bekezdése alapján a Kbt. a közbeszerzési eljárásokra vonatkozó jogszabály, és a 2. § (8) bekezdése alapján az annak alapján megkötött szerződésekre a Kbt.-beli eltérésekkel a Ptk. rendelkezéseit kell alkalmazni. A 4. § 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. A kérelmezett nem ilyen ajánlatkérő szervezet. A kérelmezettre a jogszabály közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettséget egyáltalán nem tesz.

88. Ha a hivatalbóli 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 a kérelmezett irányába 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.

89. Függetlenül tehát attól, hogy a szerződésmódosításra vonatkozó Kbt. rendelkezések megsértésre kerültek vagy sem, a hivatalbóli kezdeményező a közbeszerzési eljárás lefolytatási kötelezettség hiányát a szerződésmódosítás tekintetében nem kérheti számon a kérelmezetten, mivel a kérelmezettnek ilyen kötelezettsége nincsen.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

90. A jogorvoslat alapjául szolgáló közbeszerzési eljárás 2017. szeptember 8. napján indult, ezért a Döntőbizottság az ezen időpontban hatályos rendelkezések alapján hozta meg döntését.

91. 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 hivatalbóli kezdeményező a részére a Kbt. 153. § (3) bekezdése alapján nyitvaálló határidőn belül terjesztette elő kezdeményezését, ezért azt érdemben vizsgálta.

92. A hivatalbóli kezdeményezésben foglaltak vonatkozásában egységesen azt kellett vizsgálnia a Döntőbizottságnak, hogy közbeszerzési jogi jogsértés történt-e az építési beruházás szerződés szerinti teljesítése során.

93. A Kbt. 131. § (1) bekezdése szerint eredményes közbeszerzési eljárás alapján a szerződést a nyertes szervezettel (személlyel) - közös ajánlattétel esetén a nyertes szervezetekkel (személyekkel) - kell írásban megkötni a közbeszerzési eljárásban közzétett végleges feltételek, szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően.

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

A Ptk. 6:34. §-a szerint a szolgáltatást a kötelelem tartalmának megfelelően kell teljesíteni. A Kbt. és a Ptk. fent hivatkozott rendelkezései együttes értelmezése alapján a feleknek a közbeszerzési eljárásban közölt végleges feltételek, a szerződéstervezet és az ajánlat tartalmának megfelelően kell a szerződést megkötni és azt teljesíteni. Amennyiben a szerződéses feltételeket a felek módosítják, azt a Kbt.-ben foglalt szerződés módosítási korlátok figyelembevételével tehetik meg.

94. Az elsődleges kezdeményezési elem alapelvi jogsértés megállapítására irányult, tekintettel azonban arra, hogy tételes jogi jogsértést is megjelölt a hivatalbóli kezdeményező a Döntőbizottság elsődlegesen ezt vizsgálta.

A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezésben foglalt alapelvi jogsértések kapcsán kiemeli, hogy mindaddig, amíg tételes jogszabálysértés megállapítása valószínűnek látszik, az alapelvi jogsértés vizsgálata a tételes jogsértés vizsgálatát követi, ezért a Döntőbizottság elsődlegesen a hivatalbóli kezdeményezésben megjelölt és tartalma szerint a Kbt. 141. § (6) bekezdésének a) és b) pontjának megsértésére alapított kezdeményezési elemben megjelölt vélelmezett jogsértést vizsgálta. A hivatalbóli kezdeményező által előterjesztett jogorvoslati kezdeményezésben foglalt vélelmezett jogsértés annak tartalma alapján azt kifogásolta, hogy az ajánlatkérő a szerződésben foglalt előleg összegét meghaladóan teljesített kifizetéseket a kérelmezett javára a teljesítés során, valamint a részszámlák kiállítására és kiegyenlítésére nem a szerződésben meghatározott készülségi fok arányában került sor. A kifizetett előlegek összege, a kifizetés módja és ideje álláspontja szerint nem megengedett szerződésmódosítás volt a felek részéről, ezért jogszabályba ütközik. Ebből következően a Döntőbizottság a Kbt. 3. § 16. pontja szerint beazonosított kezdeményezési elemek számára vonatkozóan megállapította, hogy a kezdeményezés tartalmát tekintve egy kezdeményezési elemnek minősül.

95. 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 hivatalbóli kezdeményezés pontatlanságára történt hivatkozása nem foghat helyt, mert a hivatalból indított eljárásokra vonatkozó a Kbt. 152. § (4) bekezdése szerinti adatokat a kezdeményezés tartalmazta.

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

97. 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.

98. Nem volt vitatott az a kezdeményezésben foglalt tény, hogy a felek szerződésüket módosították, az ajánlatkérő részéről előleg kifizetések történtek a kérelmezett részére és az ezen a jogcímen kifizetett előleg összege meghaladta a szerződésben foglalt 5 %-os mértéket, valamint, hogy az első részszámla kibocsátására nem a 20%-os teljesítés arányában került sor, az ajánlatkérő élt az előleg részletekben történő kifizetésének jogával, továbbá az előleg elszámolására nem a végszámlában, hanem az első részszámlában került sor. A részszámlák teljesítéshez kötött kiállíthatóságának módját, időpontját és összegét sem vitatták a felek, figyelembe véve, hogy álláspontjuk szerint a kifizetett összegek az utófinanszírozásra tekintettel nem közpénzből, hanem saját forrásból történtek.

99. A rendelkezésre álló dokumentumok alapján megállapítható volt, hogy a nettó vállalkozói díj 393.837.167.-Ft volt, melynek 5%-a volt az előleg, melynek összege nettó 19.691.858.-Ft. A szerződés teljesítésének véghatárideje 2019. július 30. napja, ezen időponthoz képest 2017. október 16. és 2018. július 19. napja között mindösszesen nettó 244.084.000.-Ft előleg kifizetésére került sor a kérelmezett részére, amely a nettó vállalkozói díj 61,97%-a. A munkaterület 2017. október 20. napján történt átadását megelőzően 2017. október 16. és 2017. október 18. napja között mindösszesen 29.000.000.-Ft átutalására került sor előleg jogcímen a kérelmezett részére, amelynek az 5%-ot meghaladó része olyan ellenszolgáltatás volt, mely teljesítésigazolással nem volt igazolt és annak kiállítását megelőzően került kifizetésre. A munkaterület átadását megelőzően értelemszerűen nem kerülhetett sor teljesítésre a kérelmezett részéről, a kivitelezési munkálatok 2017. október 20-a után kezdődtek meg.

100. 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. 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.

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

Bár a Kbt. a szerződés megkötésére, valamint ezáltal annak módosítására is írásbeli formát ír elő, azonban az, hogy a felek ennek hiányában közös megegyezéssel módosították a szerződés feltételeit az előleg kifizetése és összege vonatkozásában nem zárja ki a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó szabályai megsértésének megállapítását. E körben hangsúlyozza a Döntőbizottság, hogy a felek közös szándéka a szerződés módosítására abban nyilvánult meg, hogy a kérelmezett az előlegbekérőket benyújtotta az ajánlatkérőnek, aki azok

alapján kifizetést teljesített előleg jogcímén, ezért a Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezésben foglaltak szerint vizsgálta a vélelmezett jogsértés megvalósulását a szerződésmódosítás körében is.

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

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

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

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 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.

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

104. A rendelkezésre álló dokumentumok alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a nettó vállalkozói díj 393.837.167.-Ft volt, melynek 5%-a volt az előleg, melynek összege nettó 19.691.858.-Ft. A nettó 78.767.433.-Ft összegű első részszámla kiállítására 20%-os teljesítés megvalósulása esetén, a nettó 157.534.866.-Ft összegű második részszámla kibocsátására 60%-os teljesítés megvalósulása esetén, míg az 5%-os előleg összegével

csökkentett nettó 137.843.008.-Ft összegű végszámla kibocsátására 100%-os teljesítés esetén lett volna jogosult a kérelmezett, amely a szerződésben foglalt ütemezésnek megfelelt volna. Az ajánlatkérő a 2017. december 11. napján kelt első részszámla kiegyenlítésekor a szerződésben foglalt 5% (19.691.858.-Ft) előleg helyett – melyet a végszámlában számolhatott volna el – 82.613.000.-Ft összegű előleget számolt el a kérelmezettnek, amellyel a felek nem csak az előleg összegére vonatkozó szerződéses feltételt, hanem azon szerződéses feltételüket is módosították, hogy az előleg összege a végszámlában számolandó el. Az első részszámla kibocsátásig mindösszesen 112.084.000.-Ft összeget utalt át az ajánlatkérő előleg jogcímén a kérelmezett részére. A szerződés teljesítésének véghatárideje 2019. július 30. ezen időponthoz képest 2017. október 16. és 2018. július 19. napja között mindösszesen nettó 244.084.000.-Ft előleg kifizetésére került sor a kérelmezett részére, amely a nettó vállalkozói díj 61,97%-a. Mindezek alapján megállapítható volt, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett között létrejött módosítás szerint a kérelmezett az első részteljesítés befejezését megelőzően hozzájutott előleg jogcímén az első részteljesítésre eső ellenszolgáltatás jelentős részéhez úgy, hogy arra a szerződés szerint csak a számla kibocsátását követően lett volna jogosult. Már a munkaterület átadását, 2017. október 20. napját megelőzően 2017. október 16. és 2017. október 18. napja között mindösszesen 29.000.000.-Ft átutalására sor került, amely jelentősen meghaladta az előleg összegét és egyéb ellenszolgáltatásnak sem minősülhet tekintettel arra, hogy a munkaterület átadására csak 2017. október 20. napján került sor. Tehát az ajánlatkérő teljesítés nélkül fizetett ellenszolgáltatást a kérelmezett részére úgy, hogy erre a közbeszerzési szerződés szerint nem lett volna jogosult. Ehhez képest az ajánlatkérő a teljesítés során a nettó vállalkozói díj 61,97%-át kitevő, mindösszesen nettó 244.084.000,- Ft összegű előleget bocsátott a kérelmezett rendelkezésére, amely a szerződésben kikötött 5%-os mértéket jelentősen meghaladta. Az ajánlatkérő és a kérelmezett ezzel eltértek a közbeszerzési szerződésben foglaltaktól, ezen szerződésmódosításaik lényegesnek minősülnek, mert a Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontjába ütköznek. Az így létrejött szerződésmódosítás alkalmas volt arra, hogy a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtassa meg azzal, hogy már a teljesítést megelőzően hozzájutott előleg jogcímén jelentős összegű ellenszolgáltatáshoz, amely körülmény a kérelmezett javára billentette a szerződés gazdasági egyensúlyát szemben az ajánlatkérővel, mivel az ellenszolgáltatást szolgáltatás nélkül kapta meg a kérelmezett.

105. 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.

106. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontjába ütköző módon módosították a közbeszerzési szerződésüket, ezért az ajánlatkérő és a kérelmezett jogsértését állapította meg a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján.

107. A Döntőbizottság nem látta azonban megállapíthatónak a Kbt. 141. § (8) bekezdésének megsértését, tekintettel arra, hogy új beszerzési igény nem merült fel, a módosítás ellenérték változással nem járt, ezért ezen joghely megsértésének megállapítását mellőzte.

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

109. A hivatalbóli kezdeményező a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján kezdeményezte a jogorvoslati eljárást, ezért a Döntőbizottságnak a megállapított jogsértésre tekintettel további jogkövetkezményként bírságot kellett kiszabnia a Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontja szerint.

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

A Kbt. 165. § (11) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság annak eldöntésében, hogy indokolt-e a bírság kiszabása, valamint a bírság összegének, illetve az eltiltás időtartamának megállapításában az eset összes körülményét – így különösen a jogsértés súlyát, a közbeszerzés tárgyát és értékét, a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre gyakorolt befolyását, az e törvénybe 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 és az eltiltás időtartamának megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

A Döntőbizottságnak abban nem volt mérlegelési lehetősége, hogy bírságot szabjon-e ki, mivel a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján arra köteles volt.

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 393.522.567.- Ft volt. A Döntőbizottság a bírság mértékének meghatározásakor a Kbt. 165. § (11) bekezdésében foglaltak szerint az eset összes körülményét értékelte, különösen a jogsértés súlyát, mely körben a Döntőbizottság a kérelmezett és az ajánlatkérő terhére értékelte, hogy az általuk elkövetett jogsértés jelentős súlyú, ugyanis egyező akarattal, a kötelező alakítás mellőzésével tartalmilag úgy módosították a közöttük létrejött közbeszerzési szerződéses jogviszonyt, hogy az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltértek. Értékelte továbbá, hogy a jogsértésnek a közbeszerzési eljárást lezáró döntésre nem volt befolyása. A Döntőbizottság figyelembe vette, hogy az eljárás során nem tanúsítottak együttműködő magatartást, sem a kérelmezett, sem az ajánlatkérő a Döntőbizottság felhívása ellenére nem teljesítette kötelezettségeit, iratokat nem küldött, kizárólag az ellenőrzési eljárás során a hivatalbóli kezdeményező részére megküldött iratok álltak rendelkezésre. 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. Értékelésre került továbbá, hogy 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.

A Döntőbizottság ezért az eset összes körülményét figyelembe véve, a fentebb ismertetett szempontok együttes mérlegelése alapján a rendelkező részben meghatározott összegű bírságot szabta ki a kérelmezett, valamint az ajánlatkérő terhére.

111. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 125. § (1) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

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

113. 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 képviselet 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.

Pulainé Dr. Horváth Hajnalka sk.
közbeszerzési biztos,
az eljáró tanács elnöke

Bán János sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Fáry Zoltán sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Közbeszerzési Hatóság Elnöke, Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (KRID: 341768375, iktatószám: T-03300/03/2018.)
2. Esztári Ügyvédi Iroda, Dr. Esztári Csaba ügyvéd (elektronikus úton)
3. Dr. Bálint Tamás felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó (elektronikus úton)
4. Közbeszerzési Hatóság Titkársága