



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

Az ügy iktatószáma: D.452/13/2019.

A tanács tagjai: Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Tomasovszki Tamás közbeszerzési biztos, Dr. Hunya István közbeszerzési biztos

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

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Bakos Balázs
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
KRID: 341768375

Az I. r. kérelmezett ajánlatkérő: Szeged Megyei Jogú Város Önkormányzata
(Szeged, Széchenyi tér 10.)
KRID: 455249774

Az I. r. kérelmezett képviselője: Dr. Tapasztó Magdolna
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A II. r. kérelmezett nyertes ajánlattevő: Colas Út Zrt.
(Budapest, Bocskai út 73.)
KRID: 14904134

A II. r. kérelmezett képviselője: Dr. Mérei Réka Léda kamarai jogtanácsos

A beszerzés tárgya, értéke: Szeged, kerékpárút-hálózat fejlesztése - I. ütem - TOP-6.4.1-15-SG1-2016 00002 projekt keretein belül, Szeged – Sándorfalva között kerékpárút építése, becsült érték nettó 374.585.440.-Ft (módosított szerződéses érték: nettó 413.098.381.-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 a kezdeményezés első eleme tekintetében megállapítja, hogy az I. r. kérelmezett ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó Kbt. 28. § (1) bekezdését, valamint, hogy a kezdeményezés második eleme tekintetében a kérelmezettek megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját.

A Döntőbizottság az I. r. kérelmezett ajánlatkérővel szemben 35.000.000.-Ft, azaz harmincötmillió forint, a II. r. kérelmezettel szemben 20.000.000.-Ft, azaz húszmillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja a kérelmezetteket, 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 teljesítse.

A Döntőbizottság a kezdeményezés harmadik eleme tekintetében a jogorvoslati eljárást megszünteti.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat jogorvoslati eljárást megszüntető rendelkezése ellen a határozat kézbesítésétől számított nyolc napon belül közigazgatási perben kereseti kérelem terjeszthető elő. A határozat érdemi része 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 a Kbt. Harmadik Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárás ajánlattételi felhívását és a dokumentációt 2017. december 21. napján küldte meg a gazdasági szereplők részére. A felhívás 4. pontjában a közbeszerzés tárgyát és a főbb mennyiségeket az alábbiak szerint rögzítette:

„Építési beruházás: Szeged, kerékpárút-hálózat fejlesztése - I. ütem - TOP-6.4.1-15-SG1-2016 00002 projekt keretein belül, Szeged – Sándorfalva között kerékpárút építése.

Főbb tervezett mennyiségek:

- Kétirányú új kerékpárút építése 5209 méter hosszon 2,5 m szélességgel (13.023 m² egybefüggő úthossz).
- M 43-as csomópontnál 1027 méter hosszon meglévő szerkezeten kerékpárút kijelölése forgalomtechnikai eszközökkel
- M 43-as autópálya csomópontnál 2 db kerékpárút közúti átvezetés kialakítása
- Algyői főcsatornán előregyártott vb. kerékpáros kishíd építése
- 1 db kerékpáros pihenőhely kialakítása
- Kerékpárút csapadékvíz elvezetésének kiépítése felszíni folyókákkal és szikkasztó árokkal
- Kapcsolódó kertépítészeti és forgalomtechnikai munkák a műszaki dokumentációban részletezettek szerint.”

A felhívás 7. pontja alapján a teljesítés helye: Szeged-Sándorfalva kerékpárút Hosszú-töltés út (4519. sz. út 53+809 km szelvény) – Algyői főcsatorna (4519. sz. út ~ 47+573 km szelvény), közigazgatási határ között.

A felhívás 8. pontjában az alábbi előírások szerepeltek:

„A munka elszámolása egyösszegű átalányáron történik. Az elvégzett feladatok ellenértékét az Ajánlatkérő a leigazolt teljesítést követően teljesíti a teljesítést követően benyújtott szerződés szerinti és a jogszabályoknak megfelelő számla alapján. Az elszámolás és az ajánlat pénzneme HUF. Ajánlatkérő csak hiánytalan és szakmailag megfelelő teljesítést vesz át. Nyertes ajánlattevő 3 db részszámlázásra és 1 db vég számlázásra jogosult.”

A felhívás 20. pontjában szerepelt, hogy a beszerzés a 2014-2020-as európai uniós fejlesztési ciklus Terület- és Településfejlesztési Operatív Programjának (TOP) 6.4.1-15 (Fenntartható

városi közlekedésfejlesztés) intézkedése, projekt azonosító: TOP – 6.4.1-15-SG1-2016-00002 uniós projektből finanszírozott.

2. A dokumentáció mellékletét képezte többek között az építési engedély, a módosított építési engedély, a közútkezelői hozzájárulások, továbbá a kiviteli- engedélyezési, majd az ezt módosító fedvényterv. A kerékpárútra és a kerékpáros hídra vonatkozó építési engedélyt a Csongrád Megyei Kormányhivatal adta ki 2016. november 17-én, CS/UT/368/34/2016. számon, illetve annak módosítását 2017. február 1-én CS/út/9/14/2017. számon. Az építési engedély 3. pontjában szerepeltek a kerékpárút kialakítására és pályaszerkezetére vonatkozó előírások, amelyek megismétlik a tervben szereplő rétegződést, illetve a következő előírást is tartalmazza: „A burkolat szerkezete mindenhol legalább a fentivel megegyező teherbírású és a vonatkozó Útügyi Műszaki Előírásoknak megfelelő rétegrendű lehet. A fenti pályaszerkezettől eltérni az út kezelőjének, illetőleg az I. fokú közlekedési hatóságnak az előzetes hozzájárulásával szabad.”

Az engedélyezési és kiviteli tervdokumentációban (a továbbiakban: EKT) a következő rétegződés került előírásra a kerékpárút építése során (műszaki leírás 6. oldal 2.2.2. pontja d) pályaszerkezetek, illetve M-1 rajzzelű Mintakeresztszelvények):

Kerékpárútnál és pihenőnél:

- 4 cm AC-8 aszfalt kopóréteg
- 4 cm AC-11 aszfalt kötőréteg
- 15 cm Ckt útalap
- 20 cm homokos kavics ágyazat, fagyvédő réteg
- 1 rtg geotextília

Földút csatlakozásoknál:

- 4 cm AC-8 aszfalt kopóréteg
- 4 cm AC-11 aszfalt kötőréteg
- 20 cm Ckt útalap
- 20 cm homokos kavics ágyazat, fagyvédő réteg.

Az árazatlan költségvetésben a következő tétel is szerepelt:

„Telepen kevert hidraulikus vagy vegyes kötőanyagú stabilizált réteg készítése, 2,00 m-nél nagyobb szélességben, CKt-2 vagy CTt-2 jelű keverékből CTt-2 jelű, cement kötőanyagú talaj, Gy-R40 (70/100) bitumenemulzió (új név: C 40 B1)”, mennyisége 2188,07 m³”.

A Műszaki dokumentáció 2.3.1. pontjában az alábbi előírások is szerepeltek:

„A Vállalkozó köteles a munkák előírt minőségének biztosítása érdekében az ellenőrző vizsgálatok elvégzésére (felszereltség és személyzet vonatkozásában is) alkalmas laboratóriumot biztosítani, illetve megbízni.[...]

Vállalkozó köteles minden minőségi vizsgálatot elvégezni vagy elvégeztetni, melyet a Műszaki előírások, szabványok vagy Műszaki Irányelvek szerint az elkészült szerkezetek, illetve elvégzett munka minőségének bizonyítására el kell végezni. [...]

A mintavételi és minősítési tervet (MMT) és a technológiai utasítást legkésőbb a munkanem megkezdése előtt 14 munkanappal [...] a Vállalkozónak el kell készítenie és felülvizsgálatra, jóváhagyásra benyújtania a Műszaki Ellenőrnek. Az egyes munkanemek elkezdése előtt a Vállalkozónak rendelkezni kell a Műszaki Ellenőr által aláírt mintavételi és minősítési tervvel, valamint technológiai utasítással.”

3. A 2018. március 29-én megküldött összegezés szerint a nyertes ajánlatot a II. r. kérelmezett tette, és a felek 2018. május 11-én kötötték meg a vállalkozási szerződést (nettó ajánlati ár: 375.214.834.-Ft). Az ajánlatkérő 2018. május 23-án adta át a munkaterületet a II. r. kérelmezett részére.

4. A II. r. kérelmezett által 2018. július 10-én készített MMT a CKt-2 réteget érintően az alábbi előírásokat tartalmazta:

„4.1 Alkalmassági vizsgálat, vagy teljesítmény nyilatkozat; e-ÚT 06.03.52 előírásban előírt vizsgálati módszerrel 1 db mintaszámot írt elő; e-ÚT 06.03.52. a vizsgálatot a labor, vagy a gyártó kötelessége elvégeztetni.

4.2 Alapréteg keresztirányú esése, vizsgálat módszerének színtezést írt elő 53 db helyen, tűrés $\pm 0,4\%$ ($\pm 0,6$ mm tűrés) e-ÚT 06.03.52. A terv szerint az előírt gyakoriság 1 db/100 m”.

5. A felek 2018. december 27-én módosították a vállalkozási szerződést, amelyet a felázott altalaj stabilizálása tett indokolttá. A stabilizálás költsége 37.883.547.-Ft volt. A műszaki átadás-átvételi eljárást 2018. november 20-án kezdték meg a felek és 2018. december 20-án fejezték be. A műszaki ellenőr és ajánlatkérő a műszaki átadás-átvételhez hozzájárult. A II. r. kérelmezett nyilatkozata: „A tárgyi projektet a vonatkozó engedélyezési-kiviteli terveknek, előírásoknak megfelelően megvalósítottuk. A Megvalósulási terveket, az átadási dokumentációt, üzemeltetési szabályzatot a mai nappal véglegesített formában átadtuk a szerződés szerinti példányban (6 példány papíros és 6 példány elektronikus).” A II. r. kérelmezett az átadási dokumentációban csatolta többek között:

- Minősítési összesítőt: a 4. sorban a Ckt-2 cementstabilizációs réteg (15 cm), azon belül az összesítő 4.1 sorában szereplő 1 db labor vizsgálat megtörtént, ezért ez megfelelt minősítést kapott;
- Az összesítő 4.2 sorában szereplő az alapréteg keresztirányú esésére vonatkozó 53 db színtezés történt meg, ugyanannyi, mint ami a tervben volt feltüntetve, ezért megfelelt minősítést kapott;
- vizsgálati eredmények (Útépités);
- Meszes stabilizáció, töltésalapozás, cementes homok stabilizáció; Teherbírás mérési jegyzőkönyvek, Viacalco teljesítmény nyilatkozata;
- Ckt-2 teljesítmény nyilatkozat (gyártói).

A hivatalbóli kezdeményezés

6. A kezdeményező a 2019. szeptember 16-án benyújtott kezdeményezésében ismertette a közbeszerzési műszaki dokumentáció 2.2.2. pontjában szereplő előírásokat, valamint, hogy a közbeszerzési eljárást megelőzően készített engedélyezési terv, a Csongrád Megyei Kormányhivatal CS/ÚT/368/34/2016. ügyiratszámú építési engedélye az előzőekben ismertetett, a Műszaki dokumentációban foglalt paramétereket tartalmazza. Idézte a Műszaki dokumentáció 2.3.1 pontjának a minőség ellenőrzésére és a minőségtanúsítás rendjére vonatkozó releváns előírásait, valamint ismertette, hogy a II. r. kérelmezett által készített, 2018. július 10. napján kelt és az ajánlatkérő műszaki ellenőre által jóváhagyott MMT_05_v4_2018. számú Mintavételi és Minősítési Terv (továbbiakban: MMT) Ckt-2 cementstabilizációs réteg tekintetében kizárólag az alábbi kettő vizsgálatot nevesítette, meghatározva többek között a vizsgálat módszerét, gyakoriságát, előírt értékét és a tűrést:

„4. Ckt-2 cementstabilizációs réteg (15 cm):

4.1. Munkanem megnevezése: Alkalmassági vizsgálat vagy teljesítmény nyilatkozat

4.2. Munkanem megnevezése: Alapréteg keresztirányú esése“.

7. A kezdeményező előadta, hogy a műszaki átadás-átvételre 2018. december 20. napján került sor, melynek során az ajánlatkérő 100%-os teljesítést rögzítő teljesítésigazolást állított ki a II. r. kérelmezett részére az általa elvégzett munkák kapcsán, illetve a teljes ellenszolgáltatás összegét kifizette.

8. A Közbeszerzési Hatóság (továbbiakban: Hatóság), figyelemmel a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet (továbbiakban: 308/2015. Korm. rendelet) 4. §-ára, valamint az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (továbbiakban: Ákr.) 103. § (1) bekezdésére, az éves ellenőrzési terv alapján a T-00142/03/2019 iktatószámú, 2019. január 23-án kelt végzésével közigazgatási hatósági ellenőrzési eljárást indított. A Hatóság a T-00142/04/2019 és T-00142/05/2019 iktatószámú, 2019. január 23-án kelt tényállást tisztázó végzéseiben felhívta az ajánlatkérőt és a nyertes ajánlattevőt a közbeszerzési eljárás teljes iratanyagának megküldésére, akik ezen kötelezettségüknek határidőben eleget tettek. A Hatóság a T-00142/16/2019 iktatószámú végzéssel – egyebek mellett az Ákr. 62. § (1)-(2) és (4) bekezdésére, az Ákr. 68-70. §-ára, az Ákr. 71. § (1) bekezdésére, valamint a 308/2015. Korm. rendelet 9. § (5) bekezdésére hivatkozva – 2019. április 26. napján a tárgyi közbeszerzési szerződés teljesítésének műszaki vizsgálata érdekében igazságügyi szakértőt rendelt ki. A Hatóság - figyelemmel az igazságügyi szakértőt kirendelő végzésben meghatározott szakkérdésekre, szakértői feladatokra - az igazságügyi szakértői szakterületekről, valamint az azokhoz kapcsolódó képesítési és egyéb szakmai feltételekről szóló 9/2006. (II. 27.) IM rendelet 5. számú melléklet A) 39. pontjában meghatározott, közlekedési létesítmények beruházása, ezek lebonyolítása, építéstechnológiai, kivitelezési és minősítési feladatai szakterület tekintetében előírt képesítési feltételeknek megfelelő okleveles építőmérnök igazságügyi szakértőt rendelt ki. A kezdeményező ismertette, hogy az igazságügyi szakértő a szakvélemény elkészítésekor az alábbi elemzéseket végezte el:

- ajánlati költségvetési tételek teljesülésének ellenőrzése helyszíni felmérés alapján,
- megépült kerékpárút pályaszerkezet és burkolat minőségének ellenőrzése fűrt mintavétel alapján,
- kötőanyagossal talajstabilizálás (pótmunka) ellenőrzése.

Az igazságügyi szakértő a helyszíni mintavételt 2019. május 2. napján hajtotta végre, a szakértői véleményét 2019. május 27. napján elektronikus úton és ezzel egyidejűleg postai úton küldte meg a Hatóság részére. Az igazságügyi szakértő véleményének (a továbbiakban: 1. szakértői vélemény) jelen jogorvoslati kezdeményezés szempontjából releváns megállapításai az alábbiak:

„Útalap vastagságok (Ckt-2)

[...] A mérhető eredmények alapján a Ckt-2 vastagsága két esetben nem megfelelő. A szállítólevelek ellenőrzéséből is az derült ki, hogy a beépített Ckt-2 alapréteg vastagsága megfelelő lenne, de ettől még érvényes az a szabály, hogy az útalap vastagsága sehol sem lehet kisebb a tűréssel csökkentett értéknél. [...]

Útalap (Ckt-2 és C16-os beton):

[...] A kifűrt magminták alapján a kerékpárútba épített útalap átlagos vastagsága 133 mm, ami a tervezett 150 mm aszfalt vastagság alatt van. [...]

[...] A felmért aszfalt felület alapján, ami azonos az útalap felületével, és a szállítólevelek ellenőrzése alapján a beépített útalap átlagos vastagsága 160 mm. Figyelembe véve, hogy az útsatlakozásoknál 200 mm az útalap vastagsága, a kerékpárútnál 150 mm, ez a számítás nem volt alkalmas arra, hogy a szállítólevelekből a beépített útalap átlagos vastagsága minden kétséget kizárólag megállapítható legyen. [...]

Ebben az esetben az útalap megfelelőségét csak fűrésszel vett minták alapján volt lehetséges megállapítani.

Szelvényszám	Ckt-2 (150 mm)	Tűréssel csökkentett vastagság	Megjegyzés
48+000 km	140	min. 135 mm	
49+500 km	145		
50+700 km	155		

51+700 km	110	nem felel meg
53+000 km	115	nem felel meg

Az eltéréssel érintett Ckt-2 szakasz hossza az igazságügyi szakvélemény 12. oldalán rögzítettek szerint:

- 52+858 - 53+809 km szelvények között 951 m,
- 51+200 – 51+831 km szelvények között 631 m.

Az 1. szakértői vélemény mellékletét képezte a Mélyépítő Labor Kft. által kiállított vizsgálati jegyzőkönyv, amely megerősítette az 1. szakértői véleményben megnevezett öt minta vastagság-adatait.

9. A kezdeményező ismertette továbbá, hogy a II. r. kérelmezett 2019. július 8. napján a Hatóság részére megküldte a közjegyzői kirendelés alapján az ÚTDOKTOR Igazságügyi Szakértő és Tanácsadó Kft. által elkészített igazságügyi szakértői véleményt (a továbbiakban: 2. szakértői vélemény), melyre az általa kirendelt igazságügyi szakértő a 3. szakértői véleményét 2019. július 18. napján bocsátotta a Hatóság rendelkezésére. A Hatóság által kirendelt igazságügyi szakértő a 2. szakértői vélemény foglalt észrevételek áttanulmányozását követően a korábbi szakvéleményében foglalt megállapításait változatlanul fenntartotta.

10. A kezdeményezés első eleme szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 28. § (1) bekezdését. Az ajánlatkérő egyértelmű mennyiségi előírásokkal meghatározta a megvalósítandó kerékpárút műszaki paramétereit. Ezek között pontosan előírta a kerékpárút alaprégének vastagságát, amely vastagságot mind a felhívásban, mind az egyéb közbeszerzési dokumentumokban egységesen 15 cm-ben rögzített. A kezdeményező szerint az útalap vastagságának ellenőrzésére, az előírt vastagságtól való esetlegesen megengedett eltérésre (tűrészhatárra) vonatkozó rendelkezések, konkrétan meghatározott e körben a kivitelezés során alkalmazandó szabványok, műszaki előírások nem kerültek meghatározásra. A Műszaki dokumentáció 2.3.1 pontjában kizárólag egy általános utalás szerepel a minőségellenőrzés körében a műszaki előírásokra, műszaki irányelvekre, egyúttal a kivitelezés során a nyertes ajánlattevőre bízva a minőség-ellenőrzés módjának, a vizsgálati módszereknek az MMT-ben történő meghatározását, kidolgozását. Sem a közbeszerzési dokumentumokban, sem a kivitelezés során készített MMT-ben nem került rögzítésre az alaprég tekintetében előírt vastagság ellenőrzésére semmilyen mérési kötelezettség, mérési módszer, elfogadható tűrészhatár. Ezt a 2. szakértői vélemény is megállapítja. A fentiekből következően a kezdeményező álláspontja szerint az ajánlatkérői előírásnak megfelelően a kivitelezés eredményeként 15 cm alapréteggel kellett a kerékpárutat megvalósítani.

11. A fentiek szerinti egyértelműnek tűnő ajánlatkérői előírással kapcsolatban a hatósági ellenőrzés során az igazságügyi szakértők között a kivitelezett útalap vastagsága tekintetében tett eltérő szakmai megállapítások és következtetések arra utalnak, hogy az ajánlatkérő fentiekben hivatkozott előírásai körében egy fontos, a kerékpárút minőségét jelentősen meghatározó műszaki paraméter, azaz az útalap vastagsága tekintetében a megfelelés vizsgálatára nem került egyértelműen meghatározásra, ez a kerékpárút egy fontos műszaki paraméterének megvalósításával kapcsolatos bizonytalanságot eredményezett. Magukban a hatósági ellenőrzési eljárás során elkészült igazságügyi szakértői véleményekben is eltérő megállapításokra jutottak a szakértők az alaprég vastagság ellenőrzésének módja, a mért eredmények értékelése körében irányadó szabványok, műszaki előírások, irányelvek körének meghatározása kapcsán. Mindez azt igazolja, hogy e körben az ajánlatkérői előírások jelentős hiányosságban szenvednek, amely hiányosságok a közbeszerzési eljárás gondos előkészítése mellett elkerülhetők lettek volna. A kezdeményező szerint az ajánlatkérő által összeállított közbeszerzési dokumentumok nem biztosították, hogy a szerződés teljesítése során az

alaprétegre egyértelműen előírt 15 cm-es vastagság, vagyis az elvárt minőség a teljes útszakaszra tekintettel megvalósulhasson. Amennyiben az ajánlatkérő az előírt útalap vastagság tekintetében esetlegesen elfogadja, hogy a kivitelezés során bizonyos tűréshatáron belül megfelelő a teljesítés, akkor az erre vonatkozó rendelkezésnek egyértelműen a közbeszerzési dokumentumokban szerepelni kell, mert ez egy lényeges információ valamennyi gazdasági szereplő részére az ajánlattétel során.

12. A kezdeményezés második eleme szerint a kérelmezettek megsértették a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját. Idézte a műszaki dokumentáció 2.2.2 pontját, mely szerint az útalap vastagsága 15 cm-ben került meghatározásra, továbbá ez került rögzítésre a 2018. július 10. napján kelt MMT 4. pontjában is. A kivitelezendő kerékpárút vastagsága ebből következően egyértelműen rögzítésre került, a közbeszerzési dokumentáció nem tartalmaz rendelkezést arra vonatkozóan, hogy az előírt útalap vastagság tekintetében az eltérés elfogadható lett volna a kivitelezés során, ekként a közbeszerzési dokumentumokban előírt 15 cm vastagságtól a kivitelezés során az eltérés nem volt megengedett. A szakértői véleményekben hivatkoznak a Gazdasági és Közlekedési Minisztérium Hálózati Infrastruktúra Főosztálya által kiadott „Útpályaszerkezetek kötőanyag nélküli és hidraulikus kötőanyag alaprétegei. Építési előírások megnevezésű, ÚT 2-3.206:2007 számú útügyi műszaki előírásra” (a továbbiakban: UME), amelynek bevezető rendelkezései előírják, hogy az UME alkalmazási területe az országos és helyi közutak, valamint a közforgalom elől el nem zárt magánutak. Az UME alkalmazása az országos közutak megrendelői, beruházói és közútkezelői számára kötelező, a helyi közutak, továbbá a közforgalom elől el nem zárt magánutak tekintetében ajánlott és indokolt. Figyelemmel arra, hogy a Műszaki dokumentáció 2.3.1 pontja „a Műszaki előírások, szabványok vagy Műszaki Irányelvek szerinti minőségi vizsgálatok” szükségességére utalt, ugyanakkor nem határozta meg az e körben alkalmazandó műszaki előírásokat, szabványokat, ilyen esetben felmerülhet például az útügyi műszaki előírások alkalmazása. Ezek a mérnöktársadalom által közmegegyezéssel elfogadott műszaki előírások, amelyeket a követelmények és a reális műszaki-gazdasági lehetőségek összehangolásával alakítottak ki optimális megoldást kínálhatnak a különböző érdekeltek számára a műszaki jellegű vitás kérdések rendezésére. Ekként az UME alkalmazása ott, ahol az UME értelmezhető, vitás esetekben iránymutatóként szolgálhat. Az UME az előírt alapréteg vastagságtól való eltérésre lehetőséget biztosít. Az UME „5.3.5.1. Vastagság mérés” pontja az útalap vastagságának a réteg készítése közbeni ellenőrzéséről rendelkezik, azaz a már betömörített réteg vastagságának mérővesszővel történő méréséről. Az UME 7.1.6. szakasza előírja, hogy az alapréteg vastagsága akkor felel meg az előírtnak, ha az 5.3.5.1. szerinti vastagsági eredmények a tervezett vastagságot elérik, vagy azt meghaladják, és az előírt vastagságnál legfeljebb 2 centiméterrel vékonyabb réteg legfeljebb 10 százalékban fordulhat elő (tűréshatár). Amennyiben a kivitelezés során az UME előírások alkalmazandók, akkor a 150 mm-es értékre tekintettel – az UME fent ismertetett előírásai alapján - legalább a tűréssel csökkentett 130 mm-es átvételi értéknek kell megfelelnie az útalapnak. A szakértői vélemény alapján a 150 mm-es előírással ellentétben az 51+700 km szelvényben 110 mm, az 53+000 km szelvényben pedig 115 mm vastagságú az útalap, melyek nem felelnek meg a műszaki dokumentáció 2.2.2 pontjában előírt útalap vastagságnak. Továbbá a Szeged – Sándorfalva kerékpárúton az 5 db mintából 2 db minta esetében volt a vastagság kisebb, mint 130 mm, a 2 db minta 40%, ami meghaladja az UME által engedélyezett 10%-os eltérést. A kezdeményező hangsúlyozta, hogy az alapréteg vastagsága különösen jelentős minősítő adatnak minősül, tekintettel arra, hogy az alapréteg vastagságán a későbbiek során változtatni nem lehet, az lefedésre kerül. Az alapréteg elkészülte után el kell végezni az ellenőrzést, az ellenőrzés eredményének meg kell felelni a vastagságra vonatkozó előírásoknak.

13. A kezdeményezőnek a szakértői vélemény megállapításaira alapozott álláspontja szerint a szerződés teljesítése során a kérelmezettek eltértek a tárgyi közbeszerzési szerződés műszaki tartalmától, azaz az útalap vastagsága tekintetében az ajánlatkérő által előírt mennyiségtől. Ez az eltérés a közbeszerzési dokumentáció erre vonatkozó egyértelmű rendelkezése hiányában nem megengedett. Emellett, amennyiben az útalap vastagsága tekintetében az UME előírások alkalmazhatók lennének, akkor a kirendelt igazságügyi szakértő által mért eredmények az ott meghatározott tűréshatárt is meghaladónak minősülnek. Ez a mennyiségi eltérés minőségi eltérést eredményezett, a műszaki átadás-átvétel során ezt nem kifogásolták, a teljesítést az ajánlatkérő szerződésszerűen ismerte el, és a szerződésben rögzített vállalkozói díj teljes összegben kifizetésre került a II. r. kérelmezettnek. Ezzel a magatartással a felek egyező akarattal eltértek a szerződésben rögzített műszaki tartalomtól, amely eltérés hatással volt a szerződés gazdasági egyensúlyára, illetve a minőség csökkenéséhez vezetett, azt pedig nem követte az ellenszolgáltatás arányos módosítása. A kezdeményező a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontjának szerződő felek általi megsértését annak ellenére is megállapíthatónak látja, hogy a szerződés módosítására írásban nem került sor, idézte a Kbt. 131. § (1) bekezdését, Kbt. 2. § (8) bekezdését, a Kbt. 2. § (8) bekezdését, valamint a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) 6:6. §-át. A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre háttérjogszabályként alkalmazandó Ptk. a szerződésmódosításra vonatkozó kötelező alakosság hiánya esetén az egyező akaratot tekinti egyetlen olyan elemnek, amely alapján a szerződő felek magatartása tartalmilag szerződésmódosításnak minősülhet. Idézte továbbá a Ptk. 6:94. §-át és rögzítette, hogy mivel az ajánlatkérő a műszaki átadás-átvételi eljárásról készített jegyzőkönyvben elfogadta az ajánlattól, szerződéstől eltérő teljesítést, az ellen kifogást nem emelt, a szerződés módosítására irányuló közös szándék nem merült fel. Álláspontja szerint tehát a felek a szerződést módosították, függetlenül attól, hogy a formakényszert betartották-e vagy sem, s a Kbt. céljaival ellentétes jogértelmezéshez vezetne, ha pusztán az írásbeliség hiánya miatt nem lenne vizsgálható a kötelelem tartalmának módosulása esetén a Kbt. szerződésmódosítás korlátaiba ütközés.

14. Idézte a döntőbizottsági gyakorlatot, mely szerint több eseti döntésben (pl. D.401/25/2017., D.371/19/2018., D.10/33/2019.) a szerződés külön, írásbeli módosítása hiányában is megállapításra került a szerződésmódosítás Kbt.-beli szabályainak a megsértése, azon az alapon, hogy a szerződő felek akarategységben eltértek a szerződésben foglaltaktól. Annak ellenére, hogy a Kbt. a szerződés megkötésére, valamint annak módosítására írásbeli formakényszert ír elő, a kezdeményező szerint – tekintettel arra, hogy a szerződő felek közös egyetértéssel módosították az általuk kötött vállalkozási szerződést – a Kbt. nem zárja ki a szerződésmódosításra vonatkozó szabályok megsértésének megállapítását a szerződés írásbeli módosításának hiányában sem. Mivel az ajánlatkérő a műszaki átadás-átvételi eljárásról készített jegyzőkönyvben elfogadta a felhívástól, műszaki dokumentációtól, szerződéstől eltérő teljesítést, az ellen kifogást nem emelt, a szerződés módosítására irányuló közös szándék a kezdeményező álláspontja szerint nem vitatható. A korábban kifejtettek értelmében a gazdasági egyensúly a II. r. kérelmezett javára megváltozott, a minőségcsökkent/értékcsökkent munka ellentételezéseként a teljes átalányáras vállalkozói díj megfizetésre került, a műszaki tartalom csökkenése nem vezetett az ellenszolgáltatás arányos módosításához. Hangsúlyozta, hogy átalánydíjas szerződésben meghatározott tételeknek, műszaki előírásoknak nemcsak mennyiségi, hanem minőségi vetülete is lehet és a jogsértést éppen arra alapítja, hogy bizonyos esetekben az ajánlatkérő által támasztott minőségi követelmény azáltal nem teljesült, hogy az ajánlatkérő által közölthez képest kisebb mennyiség került megvalósításra, felhasználásra.

15. A felhívásban, a műszaki dokumentációban, illetve a szerződésben meghatározott 150 mm Ckt-2 vastagságnak a teljes útszakasz tekintetében meg kell valósulnia. Az adott kivitelezési munkára vonatkozó műszaki előírások, szabványok, szokványok alapján ugyan megengedett lehet az UME előírásaira tekintettel, hogy az aszfalt vastagsága a megfelelőségi határon belül kisebb legyen a tervezett értéktől, két szelvényben azonban nem érte el a beépített aszfaltréteg vastagsága a megfelelőségi határral csökkentett aszfaltvastagsági értékeket, melyre tekintettel a teljesítés nem volt szerződésszerű. Mindezekre figyelemmel az előírthoz képest csökkentett műszaki tartalommal történt teljesítés ellenére a teljes ellenszolgáltatás kifizetésével és annak elfogadásával a felek a közbeszerzési szerződést annak lényeges feltételére – konkrétan a tárgyára – vonatkozóan akarategységben módosították úgy, hogy a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát az ajánlattevő javára változtatta meg, ezáltal az ajánlatkérő és a II. r. kérelmezett megsértette a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját.

16. A kezdeményezés harmadik eleme szerint – amelyet a kezdeményező arra az esetre tartott fenn, ha a második kezdeményezési elem tekintetében jogsértés hiánya kerül megállapításra - a kérelmezettek megsértették a Kbt. 2. § (3) és (4) bekezdéseit. Idézte a Kbt. 41. § (1) bekezdését, a Kbt. 142. § (2) bekezdését és kifejtette, a jogalkotói szándék legalább az ajánlatkérő vonatkozásában az, hogy az alapelveket a szerződés teljesítése során is betartsák. Ezt támasztja alá az Európai Bíróság által kimondott elv is, amely szerint az egyenlő bánásmód és a transzparencia követelményére a teljesítés időszakában is figyelemmel kell lenni (a C-496/99. sz., Succhi di Frutta ügyben hozott ítélet). Noha a Kbt. 142. § (2) bekezdése az ajánlatkérő alapvető jogsértését rögzíti, jelen esetben az ajánlatkérő jogsértő magatartásának egyértelmű előfeltétele a II. r. kérelmezett jogsértő magatartása.

17. Az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 2. § (3) bekezdése szerinti jóhiszeműség és a tisztesség alapelvét akkor, mikor a szerződésszegésből eredő igények érvényesítése nélkül, szerződésszerű teljesítésként elfogadta a II. r. kérelmezett részben selejt teljesítését, a II. r. kérelmezett a jóhiszeműség alapelvét, mikor az ajánlatában megjelölt munkanemeket nem az annak megfelelő minőségben készítette el. Az ajánlatkérő ugyanezen okból egyúttal megsértette a Kbt. 2. § (4) bekezdése szerinti hatékony és felelős gazdálkodás elvét is, tekintettel arra, hogy a részben selejt teljesítés ellenére a teljes vállalkozói díjat kifizette.

18. A jogsértés tudomásra jutása tekintetében hivatkozott a Kbt. 153. § (4) bekezdésére és a konkrét időpontot 2019. szeptember 12-ében, a közigazgatási hatósági ellenőrzés befejezésének napjában jelölte meg.

19. A kezdeményező továbbá indítványozta a Kbt. 159. § (1) bekezdése szerinti eljárást. Idézte a Kbt. 142. § (2) bekezdés b) pontját és indítványozta, hogy amennyiben a szerződés tartalmától eltérő teljesítésre alapított második kezdeményezési elem elbírálása a szerződésszegés megtörténtének előzetes elbírálásától függ, a Döntőbizottság indítson pert a szerződésszegés tényének megállapítása iránt.

20. A kezdeményező csatolta kezdeményezéséhez az általa említett szakértői véleményeket, felhívta a figyelmet arra, hogy az 1. szakértői vélemény 12. oldala üzleti titkot tartalmaz. Mellékelte továbbá a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzés befejezése tárgyában készült jegyzőkönyvet.

21. A kezdeményező a jogorvoslati eljárás során előterjesztett észrevételében jogorvoslati kérelmét fenntartotta, vitatta a felek ügy érdemére tartozó észrevételeit és eljárásjogi kifogásait, valamint tájékoztatást adott arról, hogy az 1. szakértői véleményt készítő szakértő 2019. szeptember 25-én előterjesztett szakértői véleményében az 1. szakértői véleményében foglaltakat visszavonta, ezért erre tekintettel indítványozta, hogy a Döntőbizottság rendeljen ki újabb igazságügyi szakértőt a tárgyban.

Az ajánlatkérő észrevétele

22. Az ajánlatkérő kérte a jogsértés hiányának a megállapítását.

23. Az ajánlatkérő elsődlegesen elkésettségi kifogásokat terjesztett elő. Kifejtette, hogy a következetes döntőbizottsági és bírósági gyakorlat alapján a kezdeményezésre nem a kezdeményezés előterjesztésekor hatályos, hanem a közbeszerzési eljárás megkezdésekor hatályos szabályok az irányadók (Fővárosi Bíróság 13.Kpk.45.04112010/3., 13.K.33.12812009/9., 13.K.33.129/2009/14. sz. döntései). A közbeszerzési eljárás 2017. december 21-én indult, ekkor a Kbt. 153. § (4) bekezdése még nem volt hatályos. Az első feltételezett jogsértés tekintetében a közbeszerzési dokumentumokat az ajánlatkérő teljeskörűen megküldte a kezdeményező részére 2019. február 4-én. A közbeszerzési dokumentáció, annak részét képező műszaki dokumentáció, tervdokumentáció, műszaki leírás, költségvetés részét képezte a megküldött dokumentumoknak. Az ezt követően eltelt időszakban semmilyen olyan újabb adat nem merült fel, amely a közbeszerzési dokumentáció megfelelőségének megállapítására kihatással lett volna. A további kezdeményezési elemek esetében a Hatóság már 2019. május 27-én, a szakértői vélemény részére történő megküldésekor birtokában volt azon információknak, amelyek alapján vélelmezi a jogsértést, erre nem fogadható el az általa megjelölt tudomásszerzési időpont. Álláspontja szerint tudomásra jutás alatt a jogsértő tény kezdeményező tudomására hozását kell érteni, ez az az időpont, amikor a kezdeményező először szembesült azokkal az adatokkal és tényekkel, amelyekre a vélt vagy valós jogsértést alapozta. Annak nincs jogi relevanciája, hogy azokat kezdeményező mikor és hogyan értelmezi, illetve, hogy milyen további bizonyítékok, okiratok, nyilatkozatok rendelkezésre állását tartja szükségesnek ahhoz, hogy meggyőződjön az ajánlatkérői, beszerzői magatartás jogszerűtlenségéről. Ezt a jogértelmezést támasztja alá - többek között - a Fővárosi Bíróság 25.Kpk.45588/2006/3. számú végzése is, amely szerint a Kbt. nem követeli meg a kérelmek megdönthetetlen bizonyítékokkal való alátámasztását, hiszen a kérelem tisztázása a Döntőbizottság feladata a jogorvoslati eljárásban.

24. Hivatkozott továbbá arra, hogy az ajánlatkérő 2019. január 23-án értesült arról, hogy a Hatóság ellenőrzési eljárást indítását rendelte el a tárgyban. A Hatóság az Ákr. és a vonatkozó kormányrendelet alapján járt el. Idézte az Ákr. 50. § (2) bekezdés c) pontját, 103. § (3) bekezdését, és arra jutott, hogy az irányadó hatvan napos ügyintézési határidő 2019. március 25-én letelt. Az igazságügyi szakértő kirendeléséről nem került külön értesítésre. A kirendelt szakértő közvetlenül emailben értesítette Szeged Megyei Jogú Város Önkormányzatát arról, hogy 2019. május 2-án helyszíni szemlét tart, továbbá az ellenőrzést lezáró jegyzőkönyvben foglaltak szerint a kirendelésre 93 nappal az eljárás megindulását követően került sor. A szemlét megelőzően a Hatóság semmilyen tájékoztatással nem élt ajánlatkérő felé a szemle megtartására vonatkozóan, nem adott tájékoztatást a szemlén való részvétel lehetőségéről, a szemle megtartásának tényéről nem tájékoztatta sem ajánlatkérőt, sem II. r. kérelmezettet, mellyel megsértette az Ákr. 5. § (2) bekezdés a) pontjában foglalt ügyféli jogok előmozdítására vonatkozó kötelezettségét, továbbá az Ákr. 61. § (1) bekezdésében foglaltakat,

azaz az eljárási cselekményekről, így a szemléről történő értesítési kötelezettségét. A szemle és a mintavétel 2019. május 2-án megtörtént, a szakértő ezen időponthoz képest a szakvéleményét 2019. május 20-án készítette el a számára kötelező 15 nap helyett 20 nap alatt. A szakvéleményt az ajánlatkérő részére a Hatóság 2019. június 7. napján kelt levelével küldte meg tájékoztatásul, amely újabb 18 nap késedelmet jelentett. Az igazságügyi szakvélemény mellékletei pedig csak 2019. június 21. napján kerültek megküldésre ajánlatkérő részére. A szakvélemény megküldésével egyidejűleg a Hatóság jelezte, hogy tájékoztatásul küldte meg azt részére, az ajánlatkérőt nem hívta fel észrevételei megtételére, illetve nem tájékoztatta az ezzel kapcsolatos ügyféli jogairól, ezért nem tett észrevételt ajánlatkérő az abban foglaltakra. Az ajánlatkérő szerint a Hatóság ezzel ismételtelen nem tett eleget az Ákr. 5. § (2) bekezdés a) pontjában foglalt kötelezettségének. A szakértői véleményt a szakértő 2019. május 27-én bocsátotta a Hatóság rendelkezésére, melyben foglalt megállapítások már ekkor alapul szolgálhattak a jogorvoslati eljárás megindítására. Az ellenőrzési eljárást lezáró jegyzőkönyv csak 2019. szeptember 12-én került kiállításra, melyben foglalt megállapítások teljes egészében a 2019. május 20. napján készült szakértői véleményben rögzített megállapításokon alapulnak. Az ajánlatkérő felhívta a figyelmet, hogy a hatósági ellenőrzési eljárás összesen 232 nap alatt fejeződött be, amely nem felel meg az eljárásban irányadó jogszabályi rendelkezéseknek. Az Ákr.-ben rögzített törvényi határidő 60 nap, illetve figyelembe véve a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 10. § (1) bekezdését, mely szerint a Hatóságnak legfeljebb az ellenőrzés megindításától számított 90 napon belül jegyzőkönyvet kell kiállítania az eljárás eredményéről, megállapítható, hogy a hatóság az ellenőrzési eljárást nem a jogszabályokban előírt határidőben folytatta le. A Kbt. 153. § (4) bekezdése értelmében tárgyi ügyben a tudomásra jutás időpontja megegyezik a hatósági ellenőrzés befejezésének napjával. Az Ákr. értelmében a hatósági ellenőrzés nem hatósági ügy, azonban alkalmazni kell rá a törvény szabályait. [Ákr. 7. § (1) bekezdés]. Az Alaptörvény XXIV. cikke a közigazgatási hatósági eljárásokra vonatkozóan fogalmazza meg a tisztességes eljárás követelményét, melyet az ajánlatkérő idézett. Kifejtette, hogy az eljárás 2019. január 23-án indult, és az ellenőrzési jegyzőkönyv 2019. szeptember 12-én került kiállításra, így a Hatóság mintegy nyolc hónap alatt zárta le az ellenőrzési eljárást, azt indokolatlanul elhúzva, jelentősen túllépve az eljárási határidőt. Továbbá a Hatóság az előzőekben ismertetettek szerint több esetben nem biztosította sem ajánlatkérőnek sem pedig nyertes ajánlattevőnek a hatósági eljárás során őket megillető jogosultságait. Ezzel a Közbeszerzési Hatóság a hatósági ellenőrzése során nem tartotta be a tisztességes eljárás követelményét sem. A Hatóság már 2019. május 27-én, a szakértői vélemény részére történő megküldésekor birtokában volt azon információknak, amelyek alapján vélelmezi a jogsértést, ezt követően azonban még további 108 nap telt indokolatlanul az ellenőrzés lezárásáig. Az ajánlatkérő hivatkozott továbbá az Ákr. 2. § (2) bekezdés a) és c) pontjában foglaltakra, amely alapvetően szintén megsértett a Hatóság.

25. A kezdeményezés első elemével kapcsolatosan előadta, hogy a tárgyi közbeszerzési eljárás előkészítése a Kbt. 28. § (1) bekezdésében foglaltak figyelembevételével került sor. A műszaki dokumentáció a jogszabályokban meghatározott alapvető követelményeknek mindenben megfelel, a közbeszerzési dokumentumok biztosították, hogy az eljárásban a gazdasági szereplők képesek legyenek műszakilag megfelelő, fizikailag megvalósítható és gazdasági szempontból reális ajánlatot adni. Ezt támasztja az is alá, hogy az eljárásban nagy számú, 7 ajánlattevő tett ajánlatot. A közbeszerzési eljárás során a gazdasági szereplőktől a rétegtrend műszaki követelményeire vagy minősítésére irányuló kiegészítő tájékoztatás kérés nem érkezett, továbbá sem előzetes vitarendezés, sem jogorvoslat útján nem vitatták a közbeszerzési eljárás előkészítettségét, ajánlattevők ajánlatkérő által rendelkezésükre bocsátott közbeszerzési dokumentumokat ajánlattételre alkalmasnak ítélték. A konkrét

építendő rétegrend meghatározása kapcsán hangsúlyozta, hogy a tervezői mennyiségkalkuláció, a II. műszaki dokumentáció, a kiviteli tervek és az építési engedélyben foglaltak együttesen határozzák meg egyértelműen az építendő műszaki tartalmat, mennyiségeket és minőségi követelményeket. A Csongrád Megyei Kormányhivatal Műszaki Engedélyezési és Fogyasztóvédelmi Főosztály Ütügyi Osztály által kiadott CS/ÚT/368/34/2016 ügyiratszámú építési engedély tartalmazta az alábbi előírást: „A burkolat szerkezete mindenhol legalább a fentivel megegyező teherbírású és a vonatkozó Ütügyi Műszaki Előírásoknak megfelelő rétegrendű lehet.” Az építési engedély indoklásában a következő került rögzítésre: „A tervdokumentáció formailag, tartalmilag kielégíti az utak építésének, forgalomba helyezésének és megszüntetésének engedélyezéséről szóló 93/2012. (V. 10.) Korm. rendeletben előírt feltételeket, a rendelkező részben rögzített előírásokkal megfelel a vonatkozó jogszabályokban, útügyi műszaki előírásokban foglaltaknak.” Fentebb előadottak alapján megállapítható, hogy a műszaki dokumentáció, az építési engedély is rögzíti az UME-nak való megfelelés szükségességét. Tekintettel arra, hogy az engedélyek a kivitelezésre kiírt közbeszerzés dokumentációban szerepeltek, az ajánlatot a kiadott műszaki mellékletek komplex áttekintése és ismerete mellett kellett elkészíteni, az UME alkalmazásának szükségessége minden résztvevő számára egyértelmű volt. Szerződő felek a kiadott II. számú Műszaki Dokumentáció 2.3.1 pontjában foglaltaknak megfelelően a kerékpárút építési minőségi követelményeit, a mintavételek gyakoriságát, a munkálatok megkezdése előtt a műszaki ellenőr által jóváhagyott MMT-ben rögzítették.

26. A Ckt-2 cementstabilizációs réteg vastagsági követelmény mérését az ÚT 2-3.206 (e-ÚT 06.03.51) útügyi műszaki előírás 5.3.5.1. pontja szabályozza. Az ebben foglaltak szerint az alapréteg vastagságának ellenőrzése a már bedolgozott, szegélyek közé betömörített Ckt-2 réteg burkolat széle felőli utólagos megbontásával, így a mindkét oldali szegélyeltávolításával lett volna megvalósítható. Így tekintettel arra, hogy a kerékpárút mindkét oldalán kerti szegély épült és az UME szabványnak megfelelő mérővesszővel történő vastagság mérést nem lehet a szegély megbontása nélkül elvégezni, az MMT készítője, és jóváhagyója ebben az esetben a szintezéssel történő közvetett ellenőrzési módot írta elő, mely gyakorisága az UME előírásaitól szigorúbban 100 méter távolságonként volt megkövetelve. Erre tekintettel a műszaki ellenőr az MMT 4.2 pontja szerinti (Alapréteg keresztirányú esése, vizsgálat módja szintezéssel) minősítéssel a Ckt-2 útépitési réteg vastagságmérését is ellenőriztnek tekintette. Szintén az MMT-vel együtt készített és elfogadott dokumentum a Technológiai utasítás (TU), melyben Ckt-2 alapréteg építésre a következő került elfogadásra: „3.6. CKt-2 alapréteg építése: A CKt-2 hidraulikus kötőanyagú keverék anyaga az e-UT 06.03.52 rtrr 2-3.207:2007) előírásainak feleljen meg. Az időjárási feltételek meghatározóak az előírt minőségű alapréteg kivitelezése szempontjából, ezért csak olyan körülmények között folytatható a munka, amikor a léghőmérséklet +5°C és + 300C között van. Csapadékos időben a burkolatalap nem építhető. Ha váratlan csapadékhátás miatt a burkolatalap kivitelezés közben, ill. a cement megkötésének megkezdése előtt elnedvesedik, vagy a cement kimosódik, a kötőanyag nélküli részeket ki kell cserélni! Az alapréteg beszállítása tehergépkocsikkal történik. A szállítást úgy kell megszervezni, hogy a keverék bedolgozását a kötőanyag kötésének megkezdéséig be lehessen fejezni. A szállítás alatt a keverék nem osztályozódhat és a száradástól a szállító jármű ponyvázásával meg kell óvni. Az alapréteg szegélyek közé való betöltését forgókotró kanálával kell elvégezni, majd gréderrel elteríteni, és hengerrel tömöríteni. A terítés megkezdésekor a fogadó felületnek földnedves állapotúnak kell lennie, ha szükséges vizes kocsival meg kell locsolni! A terítés szélessége a terv szerinti legyen. A terítési vastagságot úgy kell beállítani, hogy a réteg tömör állapotban érje el a tervben megadott előírt vastagságot. A szegélyek közötti burkolatalapnak a szegéllyel, illetve a szegélyalappal közvetlenül érintkeznie kell. A réteg széleinek tömörítését (főleg szegélyes szakaszokon) kézi

rendezés után, lapvibrátorral kell elvégezni. A bedolgozást a kötési folyamat megkezdődéséig be kell fejezni! Az utókezelést a Lebonyolító, illetve képviselőjének hozzájárulása szerint kell elvégezni, de - külön előírás hiányában - legalább 7 napig állandóan nedvesen kell tartani, vagy megfelelő bitumen emulziós védőbevonattal kell ellátni. Az utókezelés konkrét módját az Építési Naplóban rögzíteni kell. A réteg vizes utókezelésénél a nedvesen tartás legyen olyan folyamatos, hogy a nedves felület ne száradjon meg. Ha szükséges, akkor vízmegtartó textíliával kell a gyors kiszáradást megakadályozni. Nagy nyári melegben bitumen emulzió s zárás nem megengedett, csak vizes utókezelést és textíliás takarást lehet alkalmazni.” Az e-UT 06.03.52 (ÚT 2-3.207:2007) 7.1.6 pontjának előírásai vonatkoznak az alapréteg megfelelőségére, ami a következőt mondja ki: „Az alapréteg vastagságának előírt mértéke a tervezett vastagság. A védőréteg vastagsága akkor felel meg, ha az 5.3.5.1. szerinti vastagság eredményei a tervezett vastagságot eléri vagy azt meghaladják és az előírtnál az eredmények legfeljebb 10 százaléknál fordulnak elő legfeljebb 2 centiméterrel vékonyabbak.” Fentiekből látszik, hogy mind az UME használata, mind a beépítési vastagság elérése kitűzött, egyértelműen meghatározott célként szerepelt.

27. A kezdeményező szerint a kiadott műszaki dokumentáció kellően és pontosan lefedi az ajánlatkérő által kielégíteni kívánt beszerzési igényt. Egyértelmű mennyiségi előírásokkal meghatározta a kiépítendő kerékpárút alaprétegének vastagságát és az UME szabályai alkalmazásának előírásával meghatározásra kerültek a kivitelezés során az útalap ellenőrzésére vonatkozó rendelkezések.

28. A második kezdeményezési elemet érintően előadta, hogy a II. Műszaki Dokumentáció 2.3.1 pontja konkrétan nem határozza meg az alkalmazandó műszaki előírásokat, szabványokat, de az ajánlatkérő által kiadott közbeszerzési dokumentáció részét képező műszaki dokumentumokból egyértelműen kiolvasható az UME alkalmazásának szükségessége, továbbá felhívta a figyelmet, hogy az UME alkalmazása kötelező a pályázati felhívás értelmében is. A II. r. kérelmezett által a munkakezdés előtt készítendő és a műszaki ellenőr által jóváhagyott MMT rögzíti, hogy „A terítési vastagságot úgy kell beállítani, hogy a réteg tömör állapotban érje el a tervben megadott előírt vastagságot.” Ezen megállapítása alapján egyértelműen látszik, hogy az ajánlatkérői és az ajánlattevői cél is a tervben előírányzott (15 cm) vastagság elérése volt. A kezdeményező által a közbeszerzési dokumentációban hiányolt, az útalap vastagsága tekintetében elfogadható eltérés, azaz „tűrés” közbeszerzési, műszaki dokumentációkban való feltüntetése a mérnök szakmában nem elfogadott, továbbá az ajánlatok összehasonlíthatóságát ellehetetlenítené, lévén az ajánlattevők egy része úgy értelmezhetné, hogy a tervező által kalkulált útépítési rétegrendi mennyiségek a tűréshatárig csökkenthetők, ezzel programozott építési hibát létrehozva. Az elfogadott tűrés feltüntetése továbbá nehezítené azt a gyakorlatot, miszerint az ajánlatkérő a beépített mennyiségek ellenőrzését a szállítólevelek szerint is el szokta végezni. A szállítólevelek összegzése után látszik, hogy jelen esetben a Ckt-2 réteg előírányzott mennyisége beépítésre került. Az ÚT 2-3-206:2007 számú útügyi műszaki előírás 5.3.5.1. pontja egyértelműen leírja az alapréteg vastagságmérésének minősítési módját, valamint az alapréteg megfelelőségéhez megengedhető tűrés mértékét. Az MMT készítője, és jóváhagyója jelen esetben a szintezéssel történő közvetett ellenőrzési módot írta elő, mely gyakorisága az UME előírásaitól szigorúbban 100 méteres távolságonként volt megkövetelve. Erre tekintettel műszaki ellenőr az MMT 4.2 pontja szerinti (Alapréteg keresztirányú esése, vizsgálat módja szintezéssel) minősítéssel a Ckt-2 útépítési réteg vastagságmérését is ellenőriztnek tekintette.

29. Előadta, hogy a műszaki átadás-átvételi eljárás sikeresen befejeződött és a műszaki ellenőr a teljesítést igazolta, mely alapján az ajánlatkérő a teljes ellenszolgáltatás összegét

kifizette nyertes ajánlattevőnek. A műszaki átadás-átvételi eljárás dokumentáció részeként átadásra került a minősítési dokumentáció, mely szerint az MMT-ben rögzített vizsgálatok megtörténtek, az elvégzett vizsgálatok „Megfelelt” minősítést kaptak. A Ptk. 6:191. §-a értelmében a szerződés közös megegyezéssel módosítható. A Ptk. 6:191. § (1) bekezdés értelmében a felek közös megegyezéssel módosíthatják a szerződés tartalmát vagy megváltoztathatják a szerződés tartalmát vagy megváltoztathatják a kötelezettségvállalásuk jogcímét.” A Ptk. 6:191. §-a szerint a szerződésmódosítás létrejöttéhez szükséges közös megegyezés fennáll akkor, ha a kötelezett és a jogosult is hozzájárult a szerződés tartalmának módosításához. A rendelkezésre álló iratokból egyértelműen megállapítható, hogy a felek között szerződésmódosításra irányuló közös szándék nem volt, szerződésmódosításra sem írásban, sem az írásbeliség mellőzésével nem került sor. Szerződésmódosítási akaratról akkor lenne szó, ha az ajánlatkérő kifejezetten az eredeti elvárt műszaki tartalomtól eltérő műszaki tartalommal való teljesítést fogadott volna el. Az ajánlatkérőnek szerződéstől eltérő teljesítésről tudomása nem volt, a műszaki ellenőr a teljesítést 100 %-ban szerződésszerűnek ismerte el, melynek megfelelően az ajánlatkérő akarata a szerződésszerű, hibamentes teljesítés elfogadására irányult és erre tekintettel történt meg a teljes vállalkozói díj kifizetése is. Szerződésmódosításra vonatkozó akarategység, közös megállapodás a vállalkozási szerződésben foglaltaktól eltérésre nem jött létre ajánlatkérő és nyertes ajánlattevő között. A felek a szerződést nem módosították, továbbá szerződésmódosítás hiányában annak jogsértő jellege fel sem merülhet.

30. Az ajánlatkérő vitatta az 1. szakértői vélemény megállapításait, megjegyezte, hogy a szemlére a II. r. kérelmezett, valamint a műszaki ellenőre meghívót nem kapott. Az igazságügyi szakértő véleményére ajánlatkérő észrevételt azért nem tett, mert a hatóság csak tájékoztatóként küldte meg azt és ajánlatkérő nem került felhívásra ennek kapcsán észrevételeinek megtételére, illetve nem kapott tájékoztatást észrevétel adott esetben történő megtételének a lehetőségéről sem. Felhívta a figyelmet a szakértői véleményben részletesen elemzett 5 db fűrt mérési hely kapcsán, hogy a hatályos ÚT 2-3.206 útügyi műszaki előírás szerint az Útpályaszerkezetek kötőanyag nélküli és hidraulikus kötőanyagú alaprétegei előírás a Ckt-2 réteg esetében a következő: „A vastagságot beépített sáv szélén a réteg szélének a megbontásával és az alsó felület pontos megállapítása alapján kell lemérni. A vastagságot felváltva kell az épített sáv jobb és bal oldalán mérni.” Az MMT 05 v4 2018 a Ckt-2 vizsgált szakaszait 1db/100 méter hosszúságban jelöli meg. Az MMT a Ckt-2 réteg építését követő vastagsági ellenőrző mérés elvégzését nem írta elő (csak építés közben mérővesszővel történő mérést). Utólagos ellenőrző mérés megvalósulása esetén, az UME a burkolat szélének feltárásával ellenőrizteti a vastagsági követelmények betartását. A Ckt-2 rétegből magfúróval végzett mintavétel az UME előírásai szerint nem megengedett, a fűrt mintából a vizes technológiájú fűrés során a soványbeton alapréteg roncsolódhat és a felületről leváló részek a homokos kavics védőréteggel keveredhetnek. A magfúróval végzett vizsgálatokat csupán az aszfaltrétegek vizsgálatára tartjuk elfogadhatónak, mivel az aszfalt anyag képes a vizes technológiájú fűrés erodálás és mechanikus roncsolás nélkül, a minta egy darabban történő kiemelésével biztosítani. A vizes magfűrés roncsoló természetét a szakértői vélemény mellékletként megküldött fényképek ábrázolják. Megjegyezte, hogy a magfűrés során kivett Ckt minták vastagság mérésének elvégzésére a csatolt fényképeken látható mérőszalag nem alkalmas. Az UME mintavételre vonatkozó fejezete szerint az igazságügyi szakértés során megvalósult mintavétel módja nem alkalmas a soványbeton alapréteg beépítési vastagságának utólagos ellenőrzésére.

31. Felhívta végül a figyelmet, hogy az 5 db pontszerű mintavétel nem elégséges a beépített rétegrendi vastagságok teljes nyomvonalra kiterjedő utólagos ellenőrzésére.

Fentiekből kifolyólag Ajánlatkérő a hibás teljesítés tényét nem látja bizonyítottnak, és ragaszkodik a minden érintett jelenlétében és meghívásával történő, az UME előírásainak megfelelő utólagos vastagságmérés lefolytatásához. A Ckt-2 réteg vastagsági követelményét az UT 2-3.206 útügyi műszaki előírás 5.3.5.1. pontja szabályozza. Ebben foglaltak szerint az alapréteg vastagságának ellenőrzése a már bedolgozott, szegélyek közé betömörített Ckt-2 réteg burkolat széle felőli utólagos megbontásával, így a mindkét oldali szegély eltávolításával lett volna megvalósítható. Az MMT készítője, és jóváhagyója ebben az esetben a szintezéssel történő közvetett ellenőrzési módot írta elő, mely gyakorisága az UME előírásaitól szigorúbban 100 méter távolságonként volt megkövetelve. A szakértő által írt selejtes szakasz kifejezést a Ckt-2 alapréteg esetében a közbeszerzési eljárás és a teljesítés során kötelezően alkalmazandó UME nem ismeri. UME előírásban az értékcsökkenés mértékét bemutató képletek az irányadók. Az ajánlatkérőnek nem volt tudomása mennyiségi, minőségi hiányról vagy hibás teljesítésről a műszaki átadás időpontjában, így az UT 2-3.206 útügyi műszaki előírás szerint előírt megfelelőségi feltételek nem teljesülése esetén alkalmazható, egyik értékcsökkenési képlet használata sem történt meg és nem is merült fel az ellenszolgáltatás arányos módosításának a szükségessége.

32. E körben előadta, hogy nem fogadja el a szerződéstől eltérő teljesítés alátámasztására az elkészített szakvéleményt. Hivatkozott a kirendelő végzésre, melyben az szerepelt, hogy a szakértő feladata „a beépített aszfalt pályaszerkezeti rétegekből történő 5 db minta vételezése és elemzése (helyszíni -és aszfaltvizsgálatok elvégzése)”. Ezzel szemben már az elkészített szakvélemény alapján 5 mérés szelvényben 15 db minta vétele történt, ami nem felelt meg a kirendelő végzésben foglaltaknak. Vitatta a szakértői megállapítást arra tekintettel, hogy az általánnyára szerződéses konstrukcióra tekintettel tételes felmérésnek nem volt helye. Egyetértett a II. r. kérelmezettel abban, hogy a szerződés az ajánlatkérői előírásoknak, a hatályos jogszabályoknak, előírásoknak, valamint szabványoknak megfelelt, hangsúlyozta azon tény, hogy a szállítólevelek igazolják, hogy a tervezett mennyiség beépítésre került. Megerősítette, hogy a kerékpárút egy részének végleges forgalomba helyezésére az útügyi közlekedési hatóság már engedélyt adott. Csatlakozott a II. r. kérelmezett azon álláspontjához, mely szerint a Hatóság által kirendelt szakértő a minősítési feladat elvégzésére nem volt jogosult, ennek kapcsán mellékelte a szakértő Igazságügyi Minisztérium Igazságügyi Szakértői névjegyzékben szereplő adatait tartalmazó dokumentumot. Mindez megerősíti, hogy a bejegyzett szakterületek között nem szerepel a hivatkozott közlekedési létesítmények beruházása, ezek lebonyolítása, építéstechnológiai, kivitelezési és minősítési feladatai szakterület. Indítványozta, hogy a Döntőbizottság nyilatkoztassa a hatósági ellenőrzési eljárásban kirendelt szakértőt a kérelmezettek jogorvoslati észrevételeiben, a szakértői szemle módszerének meg nem felelősége kapcsán előadottakra, a kérelmezettek által vitatott megállapításokra, valamint a szakértő jogosultságának megléte tekintetében.

33. Az ajánlatkérő a harmadik kezdeményezési elemet is vitatta: szerződésmódosítást megalapozó körülmény és szerződésmódosítási szándék hiányában szerződésmódosítás írásba foglalásának szükségessége nem áll fenn. A teljesítés során a jóhiszeműség és tisztesség követelményeinek megfelelően járt el, tekintettel arra, hogy a szerződéstől eltérő teljesítésről nincs és nem is volt tudomása, a műszaki ellenőr a teljesítést 100 %-ban szerződésszerűnek ismerte el, melynek megfelelően elfogadta a szerződésszerű, hibamentes teljesítést. Joggal való visszaélés ajánlatkérő részéről nem történt. Selejt teljesítésről, értékcsökkenésről nincs és nem is volt tudomása, a műszaki ellenőr a teljesítést 100 %-ban szerződésszerűnek ismerte el, erre tekintettel az ellenszolgáltatás csökkentésének az indoka nem merült fel.

A II. r. kérelmezett észrevétele

34. A II. r. kérelmezett eljárásjogi kifogásokat terjesztett elő. Elsőként idézte a Kbt. 145. § (3) bekezdését, a Kbt. 144. § (1) és (2) bekezdéseit, és ismertette a Kbt. 4. § (1) bekezdése, Kbt. 5. § (1) bekezdése szerinti tárgyi és alanyi hatály-előírásokat. Ő maga a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződést mindenben az ajánlatkérői előírások, valamint a hatályos jogszabályok, ezen belül a közbeszerzési és az építésügyi jogszabályok, előírások valamint szabványok szerint teljesítette. A kivitelezéssel összefüggésben sem az ajánlatkérő, sem pedig a forgalomba helyezést engedélyező és a kivitelezésnek az építési engedélyben előírtak szerinti megfelelőségének vizsgálatára, annak jóváhagyására feljogosított építésügyi hatóság hiányosságot nem tárt fel. A felek között a szerződésmódosítás kérdése fel sem merült, ahogy a kezdeményezésben foglaltakhoz képest az sem, hogy a felek egyező akarattal el kívánnának térni a közbeszerzési eljárás nyomán megkötött szerződés rendelkezéseitől. Mivel a felek részéről a szerződés módosítására nem került sor, és - a kezdeményezésben foglaltakra figyelemmel - a szerződés teljesítésével összefüggésben nem merült fel olyan, a Kbt. által szabályozott kérdés, amelyet a feleknek akár csak egyike is a Kbt.-nek a Döntőbizottság hatáskörét rögzítő szabályaira tekintettel megsérthetett volna, és amelyet a Döntőbizottság a tárgyi ügyben vizsgálhatna. A felek között létrejött szerződésmódosítás hiányában így a Kbt. 141. § (2) bekezdés b) pontja felek általi (akármelyik fél általi) megsértése fel sem merülhet. E körben utalt a Fővárosi Törvényszék 14.K.700.255/2018/31. szám alatt hozott ítéletében foglaltakra, amely a jelen ügyhöz hasonló tényállásra adott iránymutatást a hatásköri szabályok megtartásának mikéntjére a Döntőbizottság számára.

35. Idézte továbbá a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontját, a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontját: Kifejtette, hogy fentiek alapján a Hatóság Elnöke akkor bír hivatalbóli eljárás kezdeményezési jogosultsággal, amennyiben azt valószínűsíti, hogy a hatósági ellenőrzés megállapításai alapján valamely szerződés teljesítésére a Kbt.-be ütköző módon került sor. Tekintettel arra, hogy a tárgyi jogorvoslati eljárás által érintett, és a kezdeményező által megjelölt vélelmezett, állított jogsértés nem ütközik a Kbt. rendelkezéseibe a kezdeményezés nem arra jogosulttól származik.

Ezzel összefüggésben hivatkozott arra is, hogy a szerződésszerűség és szerződésmódosítás egymástól világosan elkülönülő, eltérő ténybeli és jogi érkeletést igénylő jogintézmények, a szavatossági jellegű hibák semmilyen jogpolitikai vagy tételes jogi alapon nem minősülnek szerződésmódosításnak, a Döntőbizottság hatáskörébe pedig a szerződésből fakadó szavatossági jellegű jogsértések elbírálása nem tartozik bele.

36. Álláspontja szerint a Döntőbizottságnak a saját hatáskörét meghatározó szabályok keretei között, akként kell eljárnia, hogy azzal más hatóság, így az építésügyi hatóság által az építésre vonatkozóan részletesen rögzített feltételeket is tartalmazó építési engedély alapján megvalósított kivitelezés esetében ne vonja el az építésügyi hatóság azon hatáskörét, mely szerint ő jogosult arra, hogy az építési engedélyben foglaltak betartását és a kivitelezés megfelelőségét egy kivitelezés esetében ellenőrizze, és megfelelőség esetén a használatbavételre, azaz a kerékpárút forgalomba helyezésére vonatkozó engedélyt megadja. Ellenkező esetben ugyanis az építésügyi hatóság hatáskörének a sajnálatos elvonására kerülhetne sor, amely rendkívül súlyos jogsértés.

37. A Döntőbizottság továbbá a Kbt. 144-145. §-ban foglalt hatásköri szabályokra tekintettel a Kbt. 159. § (1) bekezdése szerinti perindításra is kizárólag a saját hatáskörét megalapozó rendelkezések keretei között kapott felhatalmazást, tehát abban az esetben, ha a Kbt. 144. § (1) bekezdése, illetőleg a Kbt. 145. § (3) bekezdése alapján az adott jogorvoslati ügyben beazonosítható egy olyan, a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra vonatkozó

jogszabályokba ütköző magatartás vagy mulasztás, amely a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződéseknek a Kbt.-be ütköző módosítása vagy teljesítése körébe tartozik, azaz, amelynek vizsgálata amúgy a hatáskörébe tartozik. A Kbt. 159. § (1) bekezdése szerint erre akkor kerülhet sor, ha van ilyen, a Kbt. 144. § (1) bekezdése és a Kbt. 145. § (3) bekezdésének körébe tartozó közbeszerzési jogsértés; azaz a Döntőbizottság a saját hatásköri szabályai keretei között eljárva azt tapasztalja, hogy a Kbt. 142. § (2) bekezdésében foglalt, és kizárólag ajánlatkérő által elkövethető jogsértés tárgyában azért nem tud állást foglalni, mert a közbeszerzési ügy érdemi eldöntése a szerződésszegés megtörténtének előzetes elbírálásától függ. A II. r. kérelmezett szerint a Döntőbizottság hatásköre nem terjed ki a kezdeményező által állított, a szerződés tartalmától való esetlegesen eltérő teljesítés vizsgálatára, ezért a jogorvoslati eljárás megszüntetésének van helye.

38. A kezdeményezésnek a Kbt. 142. § (2) bekezdése, Kbt. 2. § (4) bekezdése megsértését tartalmazó állításával kapcsolatosan felhívta a figyelmet, hogy ezen jogszabályok kötelezettje, címzettje az ajánlatkérő, nem a II. r. kérelmezett, ezért ezek tekintetében vele szemben a jogsértés hiányát kérte megállapítani. Ugyanígy előadta, hogy a közbeszerzési szabályozás a Kbt. 141. §-ban az ajánlatkérő felé támasztott előírásként rögzíti, hogy milyen feltételek fennállása esetén jogosult arra, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződését módosítsa, új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül. A nyertes ajánlattevőnek a szerződés módosításának befolyásolására, kikényszerítésére semmilyen eszköze vagy törvény által szavatolt lehetősége nincs, ahogy arra sincs, hogy egy Kbt. alanyi hatálya alá tartozó ajánlatkérő folytat-e le új közbeszerzési eljárást vagy sem. Ebből a szempontból a nyertes ajánlattevőnek a szerződés módosítása kapcsán a Kbt. szabályainak megsértésében szerepe nem lehet, a szerződés módosítás szempontjából nem a Kbt. hatálya alá tartozik, így a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját az ajánlattevő megsérteni nem tudja, e körben álláspontunk szerint nem marasztalható, vele ilyen okból szankció nem alkalmazható. A kérdéssel összefüggésben hivatkozott arra, hogy a Fővárosi Törvényszék a 3.K.700.421/2018. számú ügyben az Európai Unió Bírósága előtt C-263/19. ügyszámon előzetes döntéshozatalra irányuló eljárást kezdeményezett. A közbeszerzésekhez fűződő jogorvoslatok rendszerének egészéből fakadóan nincs a Döntőbizottságnak hatásköre arra, hogy a Kbt. alanyi hatálya alá nem tartozó, azaz ajánlatkérőnek nem minősülő szervezetekkel szemben a kezdeményezés által megjelölt körben jogsértést állapítson meg.

39. A II. r. kérelmezett szerint továbbá a kezdeményezés elkésett. A tárgyi közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés teljesítésével összefüggésben a Hatóság a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti, az Ákr. alapján folytatott hatósági ellenőrzés keretében 2019. január 23. napján tájékoztatta a II. r. kérelmezettet arról, hogy hatósági ellenőrzést végez. A végzés rögzítette, hogy a hatósági ellenőrzés megkezdésének napja: 2019. január 23-a és az ügyintézési határidő 60 nap. A végzés külön figyelemfelhívást tartalmazott arra nézve, hogy az Ákr. 50. § (2) bekezdés c) pontja alapján az ügyintézési határidő legfeljebb az ellenőrzés megindításától számított 60 nap lehet, mely határidőn belül a Hatóság jegyzőkönyvet állít ki. A II. r. kérelmezett 2019. március 7. napjával bezárólag minden, a hatósági vizsgálattal összefüggésben kért iratot a Hatóság rendelkezésére bocsátott, a Hatóság ezt követően több iratot nem kért be. Részletesen levezetett indokolása szerint a Hatóság szakfőosztályának tudomásszerzése megegyezik a kezdeményező tudomásszerzésével. A hatósági ellenőrzést lezáró jegyzőkönyv tanúsága szerint a Hatóság 2019. április 26. napján igazságügyi szakértőt rendelt ki, aki szakvéleményét 2019. május 21. napján bocsátotta a Hatóság rendelkezésére. Sem a szakértő kirendeléséről, sem magáról a szakértői vizsgálatról tájékoztatást a Hatóság nem küldött, a szakértő véleményét 2019. június 7. napján küldte meg. A hatósági ellenőrzés lezárásáról és annak eredményéről a kezdeményezés Döntőbizottság által történt megküldésekor, azaz 2019. szeptember 17. napján értesült. Magát a hatósági ellenőrzést

lezáró jegyzőkönyvet, melynek feltüntetett dátuma 2019. szeptember 12., a Hatóság nem küldte meg a II. r. kérelmezett részére.

40. A II. r. kérelmezett szerint a Hatóság nem tartotta be a hatósági ellenőrzésre vonatkozóan a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontjára tekintettel alkalmazandó Ákr.-ben foglalt szabályokat, és eljárási határidőket, ezen felül mind a szakértő kirendelése során, a hatósági vizsgálat lefolytatása és a hatósági ellenőrzés lezárása során nem tartotta be a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet előírásait. A kapcsolódó jogértelmezési gyakorlat alapján a Hatóság 2019. március 7. napján, a szerződés teljesítésével kapcsolatos iratok kézhezvételekor abban a helyzetben volt, hogy amennyiben a szerződés teljesítésének jogszerűsége kapcsán valamely megalapozott gyanúja merül fel, úgy annak kapcsán kezdeményezze a Döntőbizottság hivatalbóli eljárását. Még abban az esetben is, hogy ha a Döntőbizottság arra az álláspontra jutna, mint több korábbi eseti döntésében, miszerint a kezdeményező a szakértői vélemény nyomán került abba a helyzetbe, hogy megalapozott gyanúra okot adó körülményről szerezzen tudomást a tárgyi jogorvoslati eljárással érintett közbeszerzési szerződés teljesítésével összefüggésben, úgy a tudomásszerzés időpontja 2019. május 21. napja volt, mely a szakértői vélemény kézhezvételének napja. Tekintettel arra, hogy a kezdeményezés kizárólag a szakértői megállapításokat veszi át, mely megállapításokról 2019. május 21. napján szerzett tudomást, ezért a hivatalbóli kezdeményezés elkésztett.

41. Idézte a Kbt. 153. § (4) bekezdéséhez fűzött miniszteri indokolást, mely szerint „a módosítás törvényi vélelmet állít fel a Közbeszerzési Hatóság számára, amellyel garantálható, hogy a Hatóság a közbeszerzési szerződések hatósági ellenőrzése során feltárt közbeszerzési jogsértések esetén a számára rögzített törvényi határidőben minden esetben meg tudja indítani a jogorvoslati eljárást a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt.” Rámutatott, hogy a miniszteri indokolás kifejezetten rögzíti, hogy a rendelkezés célja, hogy a Hatóság a feltárt közbeszerzési jogsértések esetén a számára rögzített törvényi határidőben, és nem egy tetszőleges időtartamig elhúzódó ellenőrzés nyomán, bármikor, határidő nélkül tudja megindítani a jogorvoslati eljárást a Döntőbizottság előtt. A Hatóság ellenőrzésére rögzített törvényi határidő pedig a Hatóság saját végzése szerint is 60 nap volt, de még ha ezzel összefüggésben figyelembe vennénk a 308/2015. (X. 27.) Korm. rend. 10. § (1) bekezdésben rögzített 30-90 napos ellenőrzés-lezáráshoz fűződő jegyzőkönyv-készítési határidőket, akkor is legfeljebb az ellenőrzés megindításától kezdett 90 nap lehetett. Nem pedig nagyságrendileg 9 hónap, mint a tárgyi ügyben. A Kbt.-hez fűzött indokolásban megfogalmazottak szerint a Kbt. 153. § (4) bekezdésében foglalt törvényi vélelem megdönthető, és semmiképpen nem vonatkoztatható arra az esetre, hogy egy időben parttalanó váló hatósági ellenőrzés alapján a kapcsolódó objektív és szubjektív határidők ne lennének irányadók. Esetünkben egy 9 hónapig húzódó hatósági ellenőrzésről beszélünk, amelynél a kezdeményezést megelőzően 118 napja rendelkezésre állt az a szakértői vélemény, amelyre a kezdeményező állításait alapítja. Álláspontja szerint a Kbt. 153. § (4) bekezdésében foglaltakra tekintettel a Kbt. tudomásszerzésre irányadó rendelkezéseit akként kell értelmezni, hogy a kezdeményező által állított jogsértések tekintetében a Hatóság az ellenőrzését 2019. május 21. napján befejezte, amikor a szakvélemény alapján megalapozott módon is tudomást szerzett azon gyanújáról, amely jogsértések alapján a kezdeményezését elkészítette. A kezdeményezés nem jelölt meg olyan jogsértést, amelyről a kezdeményező legkésőbb a 2019. május 21-i időpontban már nem rendelkezett volna az összes, a kezdeményezésében hivatkozott információval.

42. Felhívta továbbá a figyelmet, hogy a tárgyi közbeszerzési eljárás megindulásakor a Kbt. még nem tartalmazott törvényi vélelmeket a Hatóság tudomásszerzése tekintetében, így a Kbt. 152. § (2) bekezdése szerinti 60 napos szubjektív tudomásszerzési határidő

szempontjából tekintetében fel sem merül a törvényi vélelmek megdöntésének szükségessége. Mivel a kezdeményezés az általa vélelmezett jogsértéseket a Ckt réteg nem megfelelőségére vonatkozó szakértői megállapításokra alapozta, megállapítható, hogy ezen körülményről legkésőbb a szakvélemény kézhezvételekor a kezdeményező tudomást szerzett, mely időponthoz képest a kezdeményezés előterjesztésekor a 60 napos tudomásszerzési határidő egyértelműen lejárt, Álláspontja szerint a Kbt. 153. § (3) bekezdésében, illetőleg a 152. § (9) bekezdésben rögzített törvényi vélelmek megdönthetők, és a hatósági ellenőrzés lezárásáról szóló jegyzőkönyv részére történő kézbesítése a Hatóság részéről a mai napig nem történt meg. Nyilvánvalóan nem is volna tartható egy olyan jogértelmezés, mely egy, a hatósági vizsgálatot lefolytató szerv, illetőleg annak vezetője által előterjesztett kezdeményezés nyomán folyamatban lévő jogorvoslati eljárás esetében is egy még meg nem történt, tehát későbbi, az esetleges jövőben bekövetkező, így teljességgel bizonytalan időponthoz kötne valamely tudomásra jutási időpontot a kezdeményezési helyzetének elősegítése érdekében.

43. A II. r. kérelmezett kérte annak vizsgálatát is, hogy a kezdeményezés tartalmazta-e a kezdeményezést aláíró és pecsétjével ellátó főtitkár felhatalmazását alátámasztó dokumentumot a Közbeszerzési Hatóság Elnöke nevében a kezdeményezés benyújtására, tekintettel arra, hogy a kezdeményezés előterjesztésére a Kbt. kifejezetten rögzíti, hogy annak megtételére a Közbeszerzési Hatóság Elnöke jogosult. Ennek hiányában ugyanis a kezdeményezés nem az arra jogosulttól származott.

44. A kezdeményezés érdemét érintően elsődlegesen felhívta a figyelmet, hogy a Hatóság által lefolytatott szakértői kirendelés és vizsgálat több pontban is a hatályos jogszabályi előírásokba ütközött. Mind a szakértő kirendelésének módja, mind pedig annak a kirendelő végzésben foglaltakhoz képest történő eltérő eljárása a mintavételezés során, mind pedig a szakértői vélemény következtetései nem felelnek meg a kapcsolódó jogszabályi előírásoknak. Vitatta magát a szakértő személyét is, mivel az adott személytől az ügy tárgyilagossága elbírálása nem volt elvárható, tekintve, hogy a kirendelt szakértő egy II. r. kérelmezetthez hasonlóan útpiacon működő versenytársa munkavállalója. A szakértő szakértői jogosultsága a jelen ügy tárgyához kapcsolódó szakvélemény elkészítésére nem jogosít. Jelezte továbbá, hogy a szakértő kézhez kapta az árazott tételes költségvetést, amelyet ő üzleti titokká nyilvánított. Az 1. szakértői vélemény 12. oldalán a költségvetésben található, üzleti titoknak nyilvánított Ckt egységárat használta fel számításaihoz, mely üzleti titok megismerésére a II. r. kérelmezettől felhatalmazást nem kapott, ahogy arra egyéb jogszabályok alapján sem volt jogosult.

45. Hivatkozott továbbá a kezdeményezés azon megállapítására, mely idézte az MMT Ckt.2 cementstabilizációs réteg tekintetében nevesített vizsgálatát, mellyel kapcsolatosan megjegyezte, hogy a kerékpárút építések minősítésénél nem kötelező az építés közbeni vastagságmérés előírása az MMT-ben. Megjegyezte továbbá, hogy nem kapott hivatalos értesítést arról, hogy a műszaki vizsgálat érdekében a kerékpárúton helyszíni vizsgálatot fog végezni egy, a Hatóság által kirendelt szakértő, mely megítélése szerint jogsértő. Idézte továbbá a kezdeményezés azon pontját, mely szerint a Hatóság az igazságügyi szakértői szakterületekről, valamint az azokhoz kapcsolódó képesítési és egyéb szakmai feltételekről szóló 9/2006. (II. 27.) IM rendelet 5. számú melléklet A) 39. pontjában meghatározott, közlekedési létesítmények beruházása, ezek lebonyolítása, építéstechnológiai, kivitelezési és minősítési feladatai szakterület tekintetében előírt képesítési feltételeknek megfelelő okleveles építőmérnök igazságügyi szakértőt rendelt ki, mellyel szemben felhívta a figyelmet, hogy az 1. szakértői véleményt készítő személy nem rendelkezik a kirendelő végzésben meghatározott szakkérdések, és szakértői feladatok elvégzéséhez, valamint szakvélemény készítéséhez

szükséges jogosultsággal. Az Igazságügyi Minisztérium honlapján elérhető igazságügyi szakértői névsorból kiderül, hogy a kezdeményezésben hivatkozott 9/2006. (II. 27.) IM rendelet 5. melléklet A) fejezet 39. pontjára a szakértőnek nincs jogosultsága, így minősítési feladatra nem volt jogosult. Fent leírtak figyelembevételével az elkészített szakértői vélemény nem hiteles, nem szakszerű, ezáltal bizonyítékként a tárgyi jogorvoslati eljárásban figyelembe nem vehető.

46. Idézte továbbá a Korm.rend. 8. § (1) bekezdését, 9. § (1) bekezdését és rámutatott, hogy a hatósági ellenőrzés során nem merült fel olyan körülmény, amely az ellenőrzés során az igazságügyi szakértő kirendelését tette volna szükségessé. Idézte az Ákr. 2. § (1) bekezdését, 17. §-át: ismét rögzítette, hogy az ügyben hatáskörrel bíró építésügyi hatóság a kerékpárút megvalósítását az építési engedélyben foglaltak szerint megfelelőnek ítélte, a kivitelezés minőségét megfelelőnek ítélte, sem a pályaszerkezettel, sem a Ckt. réteggel összefüggésben semmiféle hiányosságot nem tárt fel, illetve nem rótt a kivitelező terhére. Utalt továbbá a Korm. rend. 1. § (2) bekezdésére is, ezzel együtt a Korm. rend. egyértelmű a tekintetben, hogy az ellenőrzés csak szükség esetén folytat le helyszíni vizsgálatot és a fentiek alapján csak abban az esetben kerül sor szakértő kirendelésére, ha a hatósági ellenőrzés során műszaki szakkérdés merült fel, amelynek megítéléséhez megfelelő szakértelemmel a Hatóság nem rendelkezik. Mindezzel együtt a szakértőt kirendelő végzést érintően hangsúlyozta, hogy a Hatóság kizárólag az aszfalt pályaszerkezet fúrással történő vizsgálatát kérte a szakértőtől, ezen túlmenő, a Ckt réteg vizsgálatára a szakértő semmiféle felkérést nem kapott. Ha volt is valamely ok a szakértői vizsgálat lefolytatására, az nyilvánvalóan az aszfalt pályaszerkezetet érintően állhatott fel, az előírt módszer, azaz a fúrás is ezzel kompatibilis. Ebből az következik, hogy a szakértő a kirendelő végzésben foglaltakon túlterjeszkedve folytatott le olyan vizsgálatokat, amelyre a Hatóságtól semmiféle felkérést nem kapott, ahogy a Ckt réteg vizsgálatára – különösen fúrással - az ajánlatkérőtől sem kért semmiféle engedélyt, ahogy arra az ajánlatkérő tulajdonosi hozzájárulása sem tartalmaz semmiféle engedélyt. A Ckt réteg tekintetében alkalmazott vizsgálatot a szakértő a kirendelésében és a tulajdonosi hozzájárulásban foglaltakon túlterjeszkedve folytatta le, az e tárgyban tett szakértői megállapításait tehát önszántából tette, ráadásul az ajánlatkérő által tett észrevételekben részletezettek szerint olyan szakszerűtlen módszerrel – fúrással – vizsgáldott a kirendelő végzésben és a tulajdonosi engedélyt megkérő levelében rögzített kb. 5 db fúrást bőven meghaladó mértékben, amely az engedélyezett minimális roncsolás helyett súlyosan és alapjait érintően roncsolta a kivitelezett művet és amely minőségromlás nélkül a továbbiakban már nem helyreállítható. Az 1. szakértői vélemény a hatósági kirendelő végzésben foglaltak, azaz az aszfalt pályaszerkezet tekintetében semmiféle negatív megállapítást nem tett, azt teljességgel megfelelőnek ítélte meg.

47. A II. r. kérelmezett idézte továbbá az igazságügyi szakértőkről szóló 2016. évi XXIX. törvény (a továbbiakban: Szakértő tv.) a 2. § 9. pontját, a 3. § (1) bekezdését, 45. § (1) – (2) bekezdéseit. Rámutatott, hogy a kezdeményezés kizárólag az 1. szakértői vélemény megállapításait veszi alapul, mely információkhoz a Hatóság véletlenszerűen, egy jogszerűtlenül elvégzett szakértői vizsgálat nyomán jutott. Maga a Ckt. réteg szakértő által történt vizsgálata tehát semmilyen módon nem képezte a hatósági ellenőrzés részét, arra a Hatóság részéről elvárás, kötelezés, tehát kirendelés nem volt. Alappal merül fel a kérdés, hogy egy ilyen módon a Hatóság birtokába jutott információ milyen bizonyító erővel bírhat akár a hatósági ellenőrzési eljárás, akár a kezdeményező magánvéleményeként a Döntőbizottság előtti jogorvoslati eljárásban, tekintve, hogy a kezdeményezésben foglalt állításait és az általa vélelmezett jogsértéseket kifejezetten a szakvélemény megállapításaira alapozza. A II. r. kérelmezett indítványozta, hogy a Döntőbizottság biztosítson lehetőséget az

1. szakértői véleményt készítő szakértő részére álláspontja kifejtésére. E körben hivatkozott arra is, hogy a szakértői kirendelésben nem került rögzítésre, hogy mely független laboratórium jogosult az előírt vizsgálatok elvégzésére. Nem elfogadható szerinte, hogy maga a szakértő forduljon a vizsgálatok elvégeztetése érdekében valamely laboratóriumhoz, mert ezáltal vizsgálat és a vizsgálati eredmények független vizsgálata nem garantált. A szakértői vizsgálat függetlensége csak akkor garantált, ha egy független szakértő tőle is független laboratóriumban végzi el a (elvileg jogszerűen vett) minták vizsgálatát. Ezen független, akkreditált laboratórium megjelölését álláspontunk szerint a hatóság kirendelő végzésének kellett volna tartalmaznia.

48. A II. r. kérelmezett vitatta továbbá a szakértő jogosultságát, álláspontja szerint közlekedési beruházás szakterületi jogosultsággal is rendelkeznie kellene, mely jogosultsága a kirendelt szakértőnek nincs, eképpen az Ákr. 71. §-ban foglaltakhoz képest a kezdeményezés olyan szakértői megállapításokra alapítja állításait, mely az ügy megítéléséhez szükséges szakértelemmel nem rendelkező szakértőtől származik.

49. A fentieken túlmenően hivatkozott arra, hogy jóllehet a hatósági ellenőrzés során az Ákr. 7. §-ára tekintettel az Ákr. 10. § alapján ügyfélnek minősült, részére a hatósági kirendeléséről, és a helyszíni mintavételről az Ákr. 61. §-ban foglaltakhoz képest sem a szakértő, sem a Hatóság nem küldött értesítést, így az Ákr. 5. §-ban rögzített ügyféli jogait nem tudta gyakorolni. Mivel az utóbb megküldött szakvélemény alapján megállapítható, hogy a szakvéleményben nem megfelelőségként jelzett két fúrás mintánál még az ajánlatkérő képviselője sem vett részt, így a mintavételi eljárás ezen okból sem volt jogszerű.

50. Hivatkozott a kezdeményezés azon részeire, ahol a szakértő által végzett elemzések kerültek ismertetésre. Rámutatott, hogy a hatósági ellenőrzési eljárásban a Hatóság által vizsgált szerződést a szerződő felek egyösszegű átalányáras szerződés feltételei szerint kötötték meg. Átalányáras szerződés esetén a tételes felmérésnek jogalapja nincs. A szakértőt kirendelő Hatóság az átalányáron megkötött szerződés tételes elszámolás alapú felülvizsgálatát a szakértőt kirendelő végzésében nem kezdeményezte, továbbá a beépített Ckt-2 útalap réteg laboratóriumi utómérését nem kezdeményezte. A szakértői véleményben továbbá az is szerepel, hogy a szállítólevelek alapján a tervezett mennyiség beépítésre került, a szükséges betonmennyiség 256 m^3 , a szállítólevéllel igazolt mennyiség $275,5 \text{ m}^3$. Utalt rá továbbá, hogy ő maga is kérte szakértő kirendelését az egyes közjegyzői nemperes eljárásokról szóló 2008. évi XLV. törvény rendelkezéseire való hivatkozással: a 2. szakértői vélemény készítésekor eljáró szakértő a rendelkezésére bocsátott dokumentumokat és a kivitelezés helyszínét is megvizsgálta. A 2. szakértői vélemény a jogszerű teljesítését alátámasztotta. A II. r. kérelmezett csatolta a 2. szakértői véleményt, kérte annak figyelembevételét.

51. Rámutatott, hogy az E-UT 06.03.51 (ÚT 2-3.206) Útpályaszerkezetek kötőanyag nélküli és hidraulikus kötőanyagú alaprétegeinél az előírás, a Ckt-2 réteg esetében „A vastagságot a beépített sáv szélén a réteg szélének a megbontásával és az alsó felület pontos megállapítása alapján kell lemérni. A vastagságot felváltva kell az épített sáv jobb és bal oldalán mérni. A Ckt-2 rétegből magfúróval végzett mintavétel az UME előírásai szerint nem megengedett!” A Hatóság szakértőt kirendelő végzése a beépített aszfalt pályaszerkezeti rétegekből történő minta vételezésre és azokból helyszíni- és laboratóriumi aszfaltvizsgálatok elvégzésre kérte fel a szakértőt, nem pedig a Ckt-2 útalap – különösen fúrással történő – vizsgálatára, mely az útépítési szakmában nem alkalmazott vizsgálati módszer. A kirendelő végzés e körben 5 db minta vételezésére és elemzésére adott a szakértőnek meghatalmazást,

míg a 2. szakértői vélemény alapját képező helyszíni bejárás során megállapításra került, hogy a Hatóság által kirendelt szakértő részéről a valóságban 15 fúrással történt mintavételre került sor, mely nemcsak az aszfalt pályaszerkezeti rétegeket érintette, hanem annak mélységén túlmenve az útalap, a védőréteg, a földmű szerkezetén is áthatolt, egészen az altalajig történő mintavételt hajtott végre, amelyet az építési szakma szabályai semmilyen módon nem engedélyeznek. A szakszerűtlen mintavétel, a már megépített szerkezetben, súlyos károkozással jár. A 2. szakértői vélemény rögzítette, hogy a homokos kavics védőréteg, és a földmű felső rétegeibe beépített szemcsés talajok, a mintavétel gödrébe azonnal beömlenek, helyükön megtámasztatlan beboltozódás keletkezik, mely az útfelület megbontása nélkül nem javítható. Megállapította azt is, hogy a földmű felső rétegébe tervezett, a földmű víztelenítését szolgáló geotextília is átfúrásra került. A szakmai szabályok szerint, valamint a kirendelő végzésben a Hatóság által elvégezni elrendelt feladat teljesítése az aszfaltrétegek kifűrésével, a pályaszerkezetből való eltávolításával befejeződik. A teljes pályaszerkezet, a földmű további mélységeinek feltárására a fűrés lyuk nem alkalmas. A fűrés lyuk további mélységű feltárása a pályaszerkezet javíthatatlan helyreállítását, tönkremenetelét eredményezi.

52. A II. r. kérelmezett idézte a kezdeményezésben ismertetett 1. szakértői vélemény releváns részeit. Hangsúlyozta, hogy a Ckt-2 rétegből magfűróval végzett mintavétel az UME előírásai szerint nem megengedett. A fűrt magminta esetében a kifűrt mintából leváló rész, a hasonló homokos kavics szerkezetű védőréteggel keveredik. A szakértő által vett mintavétel nem volt szakszerű és hiteles. Az útpályaszerkezetek kötőanyag nélküli és hidraulikus kötőanyagú alaprétegei előírás, a Ckt-2 réteg esetében, a vastagságot a beépített sáv szélén a réteg szélének a megbontásával és az alsó felület pontos megállapítása alapján kell lemérni. Tehát, utólagos ellenőrző mérés megvalósulása esetén, az utügyi műszaki előírás a burkolat szélének feltárásával ellenőrizheti a vastagsági követelmény betartását. Az 1. szakértői vélemény a két eltéréssel érintett szakasz hosszát 951 illetve 631m-ben határozta meg, holott az MMT-ben a 15 cm vastag Ckt-2 réteg vizsgálatait 53 db 100 méter hosszú szakaszban kellett vizsgálni.

53. A kezdeményezés első elemének tárgyát érintően a II. r. kérelmezett előadta, hogy az ajánlatkérő által kiadott Műszaki dokumentáció 2.3.1. pontja kifejezetten rögzítette, hogy „Vállalkozó köteles minden minőségi vizsgálatot elvégezni vagy elvégeztetni, amelyet a Műszaki Előírások, szabványok v. Műszaki Irányelvek szerint az elkészült szerkezetek, ill. elvégzett munka minőségének bizonyítására el kell végezni, függetlenül attól, hogy a laboratóriuma milyen felszereltségű.” A kiviteli terv műszaki leírásának d) pályaszerkezetek pontja szerint „a pályaszerkezet tervezésénél figyelembe vettük a helyi adottságokat, ezért hajlékony Pályaszerkezetet terveztünk, az ÚT 2-1.502:2006 Útügyi Műszaki Előírás 1. táblázatban ajánlottak szerint.” A fentiekből joggal következtethető, hogy az ide vonatkozó szabványt az ajánlatkérőnek és az ajánlattevőnek egyaránt alkalmaznia kell, ahol viszont megengedett negatív eltérés. Az UME, E-UT 06.03.51 (ÚT 2-3.206) 4.3.6 pont vastagság mérésére vonatkozó előírásait a II. r. kérelmezettnek tehát alkalmaznia kellett, amelyet betartva az alapréteg vastagsága a tervezettől legfeljebb -2 centiméterrel térhet el, továbbá a pozitív irányú eltérés nincs korlátozva. Az UME előírása alapján a 150 mm-es értékre tekintettel, legalább a tőrésel csökkentett 130 mm-es értéknek kell megfelelnie az útalapnak.

54. A második kezdeményezési elemet érintően – amely szerint a szakértői mintavétel alapján tapasztalt eltérés meghaladja az UME által engedélyezett 10 %-os eltérést - rámutatott, hogy a Műszaki dokumentáció 2.3.1. pontja alapján alkalmazta az E-UT 06.03.51 (ÚT 2-3.206) előírásait. Az útpályaszerkezetek kötőanyag nélküli és hidraulikus kötőanyagú alaprétegei előírás a Ckt-2 réteg esetében a vastagságot a beépített sáv szélén a réteg szélének

a megbontásával és az alsó felület pontos megállapítása alapján kell lemérni. Tehát, utólagos ellenőrző mérés megvalósulása esetén, az útügyi műszaki előírás a burkolat szélének feltárásával ellenőrizteti a vastagsági követelmény betartását. A Ckt-2 rétegből magfúróval végzett mintavétel az UME előírásai szerint nem megengedett! A fúrt magminta esetében a kifúrt mintából leváló rész, a hasonló homokos kavics szerkezetű védőréteggel keveredik. A szakszerűtlen mintavétel, az épített szerkezetben súlyos károkozással jár. Rámutatott arra is, hogy a 2. szakértői vélemény által is alátámasztottan a Hatóság által kirendelt szakértő szakvéleményében, illetőleg az őt kirendelő végzésben foglalt feladat-meghatározáshoz képest a valóságban nem 5, hanem 15 fúrt minta vételre került sor, ezáltal az 1. szakértői véleményben foglalt azon megállapítás, illetőleg állítás, miszerint „5 db fúrt mintából 2 minta” nem volt megfelelő, erősen vitatható.

55. A szerződésmódosítás kérdésében csatlakozott az ajánlatkérő álláspontjához, A Ptk. 6:191. § szerinti szerződésmódosítás – bármely formában – kizárólag akkor jön létre, ha a szerződésmódosítás lényeges kérdéseit – így mindenekelőtt a módosítás tárgyát, tartalmát, célját – illetően a felek akarategységben vannak. Ezen akarategység a szerződésmódosítás előfeltétele, melynek hiányában a szerződés felek általi módosítása fogalmilag kizárt és értelmezhetetlen. A kezdeményezésben állított szerződésmódosítás kapcsán a kezdeményező az ajánlatkérő és a II. r. kérelmezett közötti „egyező akaratra”, „akarategységre” (36-37. pont), illetve „közös egyetértésre” és „közös szándékra” (30. pont) hivatkozik, amelynek hiányát érintően rámutatott arra, hogy a kezdeményező által megjelölt jogsértés – miszerint az állítása szerint minőségcsökkent munka hiba- és hiánymentes munkaként történő átadás-átvételével és a teljes vállalkozói díj kifizetésével a felek akarategységben eljárva, közös megegyezéssel szerződést módosítottak volna – mindkét fél részéről tudatos magatartást, az állítólagos minőségi eltérések előzetes ismeretét feltételezi. Logikailag kizárt, hogy két fél között szerződésmódosításra irányuló akarategység alakuljon ki egy olyan helyzet kezelése érdekében, amely helyzetről a kezdeményező által állított „szerződésmódosítás” létrejöttékor egyikük sem bír tudomással. Vitatta a hibás teljesítés tényét, így értelemszerűen azt sem fogadta el, hogy a műszaki átadás-átvétel, illetve a teljes vállalkozói díj kifizetése során akár ő, akár ajánlatkérő ezen állítólagos minőségi eltérések ismeretében, szerződésmódosítási szándékkal járt volna el, illetve, hogy közöttük e körben akaratmegegyezésen alapuló szerződésmódosítás jött volna létre. Hangsúlyozta, hogy a kezdeményező által vélelmezett és jogsértőnek állított szerződésmódosítás ezen szükségszerű tényállási elemére, tehát a minőségi problémák szerződő felek általi előzetes ismeretére vonatkozóan a kezdeményezés semmilyen bizonyítékot nem terjesztett elő. Amennyiben a kezdeményező csak feltételezte, hogy az 1. szakértői véleményben megjelölt állítólagos minőségi eltérésekről szerződő felek már az átadás-átvétel és a vállalkozói díj kifizetése során is tudomással bírtak, a jogorvoslati eljárás során akkor is alá kell támasztania, hogy ezen feltételezését milyen tényekre és információkra alapozta.

56. A II. r. kérelmezett a kezdeményezés második elemét érintően felhívta a figyelmet arra, hogy az 1. szakértői vélemény szerint is a szállítólevelek alapján a tervezett mennyiség beépítésre került. Fel sem merülhet tehát annak megállapítása, hogy esetlegesen arra tekintettel sérthette volna meg a Kbt. 141. § (6) bekezdésének b) pontját, hogy a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatta meg. Mindezek fényében nem értelmezhető számára, hogy a kezdeményező indoklásában miért hivatkozik az ajánlatkérő által közölthez képest kisebb mennyiségben történt megvalósításra, felhasználásra.

57. Végezetül rámutatott, hogy a Hatóság által kirendelt szakértő a szakvéleményének 12. oldalán a 4.2.2.3. pontban a kirendelt szakértő által tett megállapítások alapjául szolgáló útalap vastagságok (Ckt-2) kalibrált mérőeszkővel történt mérési eredményeit tartalmazó jegyzőkönyveket a hatósági ellenőrzési eljárás során kérése ellenére sem kapta meg, ezért azokat áttanulmányozni nem tudta, így azok tekintetében megállapításokat sem áll módjában tenni. Elképzelhetőnek tartja, hogy a szakértői vizsgálat során ilyen nem is készült.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

58. A Döntőbizottság elsőként a Kbt. 197. § átmeneti rendelkezéseinek megfelelően a kezdeményezés benyújtásának napján hatályos Kbt. alapján megvizsgálta a kérelmezetteknek a kezdeményezés egésze vonatkozásában előterjesztett eljárásjogi kifogásait, elsőként, hogy a kezdeményezés a Kbt.-ben rögzített határidőben került-e benyújtásra.

59. A Kbt. 152. § (1) bekezdése – egyebek mellett – az alábbiakat tartalmazza:

A Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból indított eljárását a következő szervezetek vagy személyek kezdeményezhetik, ha a feladatkörük ellátása során a közbeszerzésekről szóló törvénybe, illetve a közbeszerzésekről szóló törvény felhatalmazása alapján alkotott rendeletbe ütköző magatartás vagy mulasztás jut tudomásukra:

a) a Közbeszerzési Hatóság elnöke.

A Kbt. 152. § (2) bekezdése szerint a Döntőbizottság hivatalból való eljárását a Kbt. 152. § (1) bekezdés szerinti személy vagy szervezet a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napon belül, de

a) legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül,

b) közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén az a) ponttól eltérően a szerződés megkötésének időpontjától vagy, ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől számított legfeljebb öt éven belül, vagy

c) 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.

A Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását, ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen, ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

A Kbt. 145. § (1a) bekezdés a) pontja alapján alkalmazandó általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény 52. § (4) bekezdése szerint, ha a határidő utolsó napja olyan nap, amelyen a hatóságnál a munka szünetel, a határidő – az ügyintézési határidő kivételével – a következő munkanapon jár le.

60. A Döntőbizottság a fenti jogszabályi rendelkezések alapján megállapította, tekintettel arra, hogy a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontja szerinti személy a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalból való eljárását, a kezdeményezés benyújtására nyitva álló szubjektív határidőt a Kbt. 152. § (2) bekezdése (a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan nap) rögzíti.

61. A Döntőbizottság – tekintettel az ajánlatkérő és a II. r. kérelmezett eljárásjogi kifogására – a következőkben a szubjektív határidő megtartottságát vizsgálta, e körben a Döntőbizottságnak tekintettel kellett lennie a 2019. január 1-jén hatályba lépett jogszabályi változásokra.

62. A közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény módosításáról szóló 2018. évi LXXXIII. törvény (a továbbiakban: Mód3. tv.) 51. §-a úgy rendelkezett, hogy a Kbt. 153. §-a a következő (4) bekezdéssel egészül ki:

(4) Az (1) bekezdés c) pontja szerint kezdeményezett jogorvoslati eljárás esetén a tudomásra jutás időpontja megegyezik a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerint lefolytatott hatósági ellenőrzés befejezésének napjával.

A Mód3. tv. 68. § (2) bekezdése szerint a 38. §, a 49-63. §, a 64. § (2) bekezdése, a 65. § (2)-(3) bekezdése, a 66. § 23-24., 27-29., 31-38. és 40-42. pontja, a 67. § (1) bekezdés 1. és 6-8. pontja, valamint a 67. § (2) bekezdés 16-20. pontja 2019. január 1-jén lép hatályba.

A Kbt. 197. § (10) bekezdése szerint e törvénynek a Mód3. tv. által megállapított rendelkezéseit – a (11)-(13) bekezdésben foglaltak kivételével – a Mód3. tv. hatálybalépése után megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra, valamint a Mód3. tv. hatálybalépése után kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra kell alkalmazni.

63. Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, tekintettel arra, hogy a Kbt. 197. § (10) bekezdése szerint a Kbt.-nek a Mód3. tv. által megállapított rendelkezéseit (köztük a Kbt. 153. § (4) bekezdését) a Mód3. tv. hatálybalépése (2019. január 1.) után kezdeményezett jogorvoslati eljárásokra is kell alkalmazni, így jelen, 2019. szeptember 16-án kezdeményezett eljárásban a Döntőbizottságnak a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján kellett megállapítania a jogsértés tudomásra jutásának időpontját. A Döntőbizottságnak azt kellett vizsgálnia, hogy a Hatóság mely napon fejezte be a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzést.

64. A Döntőbizottság a kezdeményező által rendelkezésre bocsátott T-00142/38/2019. számú jegyzőkönyv alapján megállapította, hogy a kezdeményezésben foglalt közbeszerzési jogsértésekre vonatkozó hatósági ellenőrzési eljárás 2019. szeptember 12-én zárult le.

65. Fentiek szerint a jogsértés tudomásra jutásának időpontja 2019. szeptember 12-e, amely időpont alapján – tekintettel a Kbt. 152. § (2) bekezdésében rögzített hatvan napos szubjektív határidőre – a kezdeményezés 2019. szeptember 15. napján a törvényes határidőn belül került előterjesztésre, azt nem lehet elkésztetnek tekinteni. Fentiekből következően a Döntőbizottság nem osztotta az ajánlatkérő és a II. r. kérelmezett azon hivatkozását, mely szerint a jogsértésről való tudomásszerzés körében a közbeszerzési eljárás megkezdésének napján hatályos jogszabályok az irányadók, valamint hogy a tudomásszerzés tekintetében az iratok rendelkezésre bocsátásának napja tekintendő a tudomásszerzés napjának. A Hatóság ellenőrzési eljárása ügyintézési határideje megtartottságát érintő eljárásjogi kifogásokra vonatkozóan a Döntőbizottság rögzíti, hogy hatásköre kizárólag arra terjed ki, hogy a kezdeményező a kezdeményezést az irányadó jogorvoslati határidők betartásával terjesztette-e elő, Kbt. 145. § (2) és (3) bekezdéseiben rögzített hatáskörei nem terjednek ki a kezdeményező szervezeti egységei által folytatott hatósági eljárásokra vonatkozó normák betartásának ellenőrzésére. A Döntőbizottság továbbá nem osztotta azon II. r. kérelmezetti észrevételt, mely szerint a tudomásszerzés időpontja nem megállapítható arra tekintettel, hogy

az ellenőrzési eljárás lezárása tárgyában készült jegyzőkönyv nem került kézbesítésre a felek részére: a Kbt. 153. § (4) bekezdése a tudomásszerzés tekintetében nem a jegyzőkönyv kézbesítéséhez, hanem az ellenőrzési eljárás lezárásának időpontját emeli ki lényeges tényként, melynek megtörténtét a kezdeményező irattal támasztotta alá.

66. A Döntőbizottság ezt követően abban a kérdésben foglalt állást, hogy a kezdeményezés az arra jogosulttól származik-e.

67. A Közbeszerzési Hatóság elnöke által kiadott, a www.kozbeszerzes.hu honlapon nyilvánosan elérhető Hatóság szervezeti- és működési szabályzatáról szóló 4/2018. számú utasítás 1. számú mellékletének (a továbbiakban: SzMSz) V/2.1.s) pontja szerint a főtitkár az Elnök távollétében a VIII/1.3. pont szerint hitelesíti az Elnök által jóváhagyott kiadmányokat. Az SzMSz VIII/1.3. pontja szerint a főosztály vezetőjét távollétében a főosztályvezető-helyettes teljes jogkörben helyettesíti.

68. Tényként rögzítendő, hogy a kezdeményezést nem a Hatóság Elnöke kiadmányozta, hanem a Hatóság Főtitkára. Az SzMSz fentiekben idézett rendelkezései alapján azonban megállapítható, hogy a Főtitkár az Elnök távollétében teljes jogkörrel jogosult az Elnököt helyettesíteni, a kezdeményezést tehát úgy kell tekinteni, mintha azt a Hatóság Elnöke maga kiadmányozta volna. A Döntőbizottság megállapította, hogy a főtitkári kiadmányozás okán a jogorvoslati eljárás megszüntetésének nincs helye.

69. Tekintettel arra, hogy előbbiek alapján a kezdeményezés első eleme érdemi vizsgálatának nincs eljárásjogi akadálya, azt a Kbt. 2017. december 21-én hatályos rendelkezései alapján az alábbiak szerint vizsgálta meg.

70. Az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást folytatott le, melyre tekintettel a kezdeményezés első elemét érintően az alábbi jogszabályok az irányadók.

71. A Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja szerint az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Rész hatálya alá tartozó közbeszerzés megvalósításakor választása szerint a Kbt. Második Részében meghatározott szabályok szerint jár el a 113-116. §-ban foglalt eltérésekkel.

A Kbt. 2. § (4) bekezdése szerint az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia.

A Kbt. 28. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő köteles a közbeszerzési eljárást - a beszerzés tárgyára és becsült értékére tekintettel - megfelelő alapossággal előkészíteni. Az ajánlatkérő által rendelkezésre bocsátott közbeszerzési dokumentumoknak biztosítaniuk kell, hogy az eljárásban a gazdasági szereplők képesek legyenek műszakilag megfelelő, fizikailag megvalósítható és gazdasági szempontból reális ajánlatot adni. Az ajánlatkérőnek már a közbeszerzési eljárás előkészítése során törekednie kell a magas minőségű teljesítés feltételeinek biztosítására, a környezet - beszerzés tárgyára tekintettel biztosítható - védelmére és a fenntarthatósági szempontok figyelembevételére, valamint a beszerzés tárgyát érintő szerződésmódosítások megelőzésére. Az ajánlatkérő alkalmazhatja az értékelemzés módszerét is.

72. A kezdeményezés első eleme szerint a közbeszerzési eljárást az ajánlatkérő nem készítette elő megfelelően tekintettel az útalap vastagságának ellenőrzésére vonatkozó előírások hiányos jellegére.

73. A Kbt. 28. § (1) bekezdése egyrészt előírja az ajánlatkérő számára, hogy a közbeszerzési eljárást megfelelő alapossággal készítse elő, továbbá azt is, hogy ennek során törekedjen a magas minőségű teljesítés feltételeinek biztosítására. A Kbt. 2. § (4) bekezdése továbbá az ajánlatkérőt alapvető jelleggel kötelezi arra, hogy a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva járjon el. A kezdeményező szerint a jogsértés a 15 cm Ckt útalap vastagságának ellenőrzésére vonatkozó előírások hiányosságában öltött testet, ebből eredően az ajánlatkérő a kivitelezéskor nem került abba a helyzetbe, hogy a teljesítést megfelelően ellenőrizze. Az ajánlatkérő álláspontja szerint ugyanakkor a közbeszerzési dokumentumok előírásai együttes értelmezése útján a Ckt útalap megfelelőségének ellenőrzése biztosított volt a szerződés teljesítése során.

74. Rögzítendő, hogy az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárásban olyan módszert alkalmazott, mely szerint a nyertes ajánlattevőre bízta az ellenőrzési módszer kidolgozását. A műszaki dokumentáció 2.3.1. pontja előírta, hogy az irányadó MMT-t az adott munkanem megkezdése előtt 14 munkanapon belül készítse el és azt felülvizsgálatra nyújtsa be a műszaki ellenőr részére. A jogorvoslati eljárás során a kérelmezettek nem hivatkoztak a közbeszerzési dokumentumokban szereplő egyéb olyan előírásra, amely az egyes munkanemek – köztük a Ckt útalap – tekintetében konkrét ellenőrzési módszert, ütemtervet írt volna elő.

75. A Döntőbizottság megvizsgálta az ajánlatkérőnek az építési engedéllyel kapcsolatos hivatkozását. Az építési engedély valóban a közbeszerzési műszaki feltételek részét képezte, ugyanakkor annak az ajánlatkérő által idézett előírása („a burkolat szerkezete mindenhol [...] a vonatkozó Útügyi Műszaki Előírásoknak megfelelő rétegrendű lehet”) egyrészt nem nevesít konkrét útügyi előírást, hanem önmaga is több útügyi előírásra hivatkozik, másrészt nem értelmezhető a Ckt útalap szerződés szerű megvalósulása ellenőrzésére vonatkozó előírásnak sem tekintettel arra, hogy az engedély egyértelműen a rétegrend tekintetében hivatkozik az útügyi műszaki előírásokra.

76. A Döntőbizottság megállapította továbbá, hogy sem a közbeszerzési dokumentumok részét képező engedélyezési tervben, sem a kivitelezési tervben (ahol a vonatkozó szabványok, jogszabályok felsorolásra kerültek a tervező által), sem egyéb helyen nem szerepelt, hogy a beruházás során - különösen a teljesítés ellenőrzésekor - figyelembe kell venni a szakértői vélemények által említett ÚT 2-3.206.2007., illetve az ajánlatkérő által is nevesített ÚT 2-3.206 (e-ÚT 06.03.51) útügyi műszaki előírást. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság osztotta a kezdeményező álláspontját: a közbeszerzési dokumentumok sem a teljesítés ellenőrzésére, sem a még elfogadható, megengedett tűréshatárra vonatkozó előírást, szabályt, szabványt, utalást nem tartalmaztak, ebből eredően a szerződés szerű teljesítés ellenőrizhetősége, számon kérhetősége a közbeszerzési eljárás előkészítésétől kezdve kérdéses volt. A Döntőbizottság álláspontja szerint a közbeszerzési dokumentumok alapján nem lehetséges annak megállapítása, hogy az ajánlatkérő a Ckt útalap megfelelősége tekintetében mely jogszabály, szabvány, módszer, előírás alapján kívánta az ellenőrzést elvégezni, annak szerződés szerű teljesítéséről hogyan kívánt meggyőződni.

77. A kezdeményező által említett, Ckt útalap szerződés szerű kivitelezése megítélésével kapcsolatos ellentmondásos helyzetet támasztja alá, hogy bár a kérelmezettek és a szakértők is arra hivatkoztak, hogy a jelen határozatban UME-ként nevezett útügyi előírás alapján kellett elvégezniük a Ckt útalap szerződés szerű kivitelezése ellenőrzését, mi több a II. r. kérelmezett által készített MMT is említi az e-ÚT 06.03.52 szabványt, a II. r. kérelmezett által végzett ellenőrzés mégsem aszerint zajlott le. A II. r. kérelmezett által készített MMT 4. pontja a megfelelőség igazolása céljából kizárólag a Ckt-2 réteg 100 méterenkénti szintezését írja elő,

összesen 53 db-ot. Ezzel szemben a vonatkozó szabvány 5.3.5. pontja szerint az épített réteg több tulajdonságát kell vizsgálni, a szintezés (szintmagasság) mellett többek között a vastagságot is. A szabvány 5.3.5.1. pontja részletezi a vastagságmérés szabályait, melyek betartása a tárgyi közbeszerzési eljárásban – mivel az MMT nem tartalmazta azt, és nem is kellett tartalmaznia - nem történt meg. Ugyanakkor a szabvány 5.3.5.4. és 5.3.5.5. pontjai a szintmagasságra és a keresztirányú esésre vonatkozó előírások között azt a feltételt írják elő, hogy azt „50 útfolyóméterenként” kell elvégezni, amely a II. r. kérelmezett által készített, ajánlatkérő által jóváhagyott MMT szerinti ellenőrzési mennyiség kétszerese.

78. A Kbt. 28. § (1) bekezdése szerinti tételes jogszabályi előírás alapján a közpénzeket felhasználó ajánlatkérőnek a közbeszerzési eljárást megfelelő alapossággal kell előkészítenie, mindezt úgy, hogy a magas minőségű teljesítés feltételei biztosítottak legyenek. Nem a Kbt. 28. § (1) bekezdése szerint jár el az ajánlatkérő, ha nem rögzíti egyértelműen a teljesítés ellenőrzésének, ellenőrizhetőségének feltételeit a közbeszerzési dokumentumokban. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság a kezdeményezés első eleme tekintetében megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pontja alapján alkalmazandó Kbt. 28. § (1) bekezdését.

79. A kezdeményezés második eleme szerint a kérelmezettek jogsértő jelleggel módosították a közbeszerzési szerződést tekintettel arra, hogy a Ckt útalap nem mindenütt készült el a megfelelő, előírás szerinti 15 cm-es vastagságban.

80. Érdemi vizsgálatát megelőzően az ajánlatkérő és a II. r. kérelmezett által előterjesztett hatásköri kifogásokat vizsgálta meg a Döntőbizottság a vitássá tett kérelmezetti magatartások, illetve mulasztások tükrében.

81. A Kbt. 144. § (1) és (2) bekezdései szerint:

(1) A közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, az építési, illetve szolgáltatási koncesszióra, valamint a koncessziós beszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályokba ütköző magatartás vagy mulasztás miatt e rész rendelkezései szerinti jogorvoslatnak van helye.

(2) A közbeszerzési eljárással, koncessziós beszerzési eljárással, a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződéssel, valamint a megkötött építési, illetve szolgáltatási koncesszióval és ezek módosításával vagy teljesítésével kapcsolatos polgári jogi igények elbírálása - a 145. § (3a) bekezdésében foglalt kivétellel - a bíróság hatáskörébe tartozik.

A Kbt. 145. § (2) bekezdése szerint a közbeszerzésre, a közbeszerzési eljárásra, az építési, illetve szolgáltatási koncesszióra, valamint a koncessziós beszerzési eljárásra vonatkozó jogszabályok megsértése miatt indult eljárás lefolytatása a közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás tekintetében - ideértve a 21. § (4) bekezdésében említett külön jogszabály szerinti előminősítési kérelem elutasítása és az előminősítési listáról való törlés miatt indult eljárást is (a továbbiakban: előminősítési ügyekben indított jogorvoslati eljárás) - a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik.

A Kbt. 145. § (3) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság hatáskörébe tartozik - a szerződés módosításával vagy teljesítésével kapcsolatos polgári jogi igények miatt indult eljárás kivételével - a közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárás alapján megkötött szerződés a közbeszerzésekről szóló törvénybe, illetve a közbeszerzésekről szóló törvény felhatalmazása alapján alkotott rendeletbe ütköző módosítása vagy teljesítése, valamint az ajánlatkérő által a 117. § szerint önállóan kialakított eljárási szabályokba ütköző magatartás vagy mulasztás miatt indult eljárás lefolytatása.

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

alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése, illetve a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos jogorvoslati eljárás során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.

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

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

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

A Kbt. 141. § (2) bekezdése szerint 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. § (3) bekezdése szerint a (2) bekezdést arra a szerződésmódosításra lehet alkalmazni, amely a szerződés értékének változásával jár, a szerződéses jogviszony több elemét érintő módosítás esetén a módosítás azon elemeire, amelyek az érték változásával összefüggenek. Nem alkalmazható a (2) bekezdés a szerződésmódosításra akkor, ha a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárást az ajánlatkérő olyan szabályok szerint indította meg, amelyek nem lettek volna jogszerűen alkalmazhatóak, ha az ajánlatkérő az eljárás becsült értékét a szerződésmódosítást követő értékét figyelembe véve határozta volna meg.

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

A Kbt. 142. § (2) bekezdése szerint a 2. § (1)-(4) bekezdésében foglalt alapelvek megsértését valósítja meg az ajánlatkérőként szerződő fél részéről a szerződésszegésből eredő igények érvényesítésének elmaradása (ide nem értve a felmondás vagy elállás jogának gyakorlását), ha a) a szerződésszegés olyan kötelezettség szerződésszerű teljesítésének elmaradásával valósul meg, amelyet az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárásban az ajánlatok értékelése során figyelembe vett; vagy

- b) a szerződésszegés eredményeként a teljesítés a szerződés tartalmától olyan mértékben tér el, amely - ha a felek szerződésüket így módosították volna - szerződésmódosításként a 141. § (6) bekezdése szerint lényeges módosításnak minősülne.

A Kbt. 159. § (1) bekezdése szerint, ha a 142. § (2) bekezdésében foglalt jogsértés tárgyában a közbeszerzési ügy érdemi eldöntése a szerződésszegés megtörténtének előzetes elbírálásától függ, a Közbeszerzési Döntőbizottság a szerződésszegés tényének megállapítása iránt pert

indít, és egyidejűleg az eljárást felfüggeszti. A Közbeszerzési Döntőbizottságot a perben teljes költségmentesség illeti meg.

82. A kérelmezettek szerint a Döntőbizottság azért nem rendelkezik a szerződésmódosítás jogszerűségének megítélése tekintetében hatáskörrel, mert a felek nem módosították a szerződést, illetve közbeszerzést érintő jogsértés hiányában a kezdeményezés nem az arra jogosulttól származik.

83. Annak megítélése, hogy a felek közbeszerzési jogi értelemben módosították-e a szerződést, a jogorvoslat érdemére tartozó kérdés, melynek eldöntését a Döntőbizottság kizárólag közbeszerzésre vonatkozó jogszabály alkalmazása szempontjából vizsgálja. Ebben a tekintetben a kezdeményezés második eleme érdemi elbírálásakor a Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) és (3) bekezdése szerinti hatáskörében jár el: a jogvitánál irányadó Kbt. 141. § egyértelműen közbeszerzésre vonatkozó jogi előírás és a közbeszerzési tárgyú jogvita alapvető tárgya a Kbt. 145. § (3) bekezdésében is említett közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés a közbeszerzésekről szóló törvénybe ütköző módosítása vagy teljesítése. A Döntőbizottság II. r. kérelmezett által előadottakkal ellentétes álláspontja szerint ugyanakkor a kezdeményezés második eleme tárgyát nem képezi az ajánlatkérő Kbt. 142. § (2) bekezdésébe ütköző magatartása, mulasztása: a kezdeményező nem állította, hogy az ajánlatkérő arra tekintettel állapított meg jogsértést, mert elmulasztotta a szerződésszegésből eredő igényei érvényesítését. Ebből eredően a kezdeményezés második eleme keretei közötti eljárásában a Döntőbizottság nem jogosult arra, hogy a Kbt. 159. § (1) bekezdése szerinti perindítási jogával éljen. Figyelemmel arra, hogy a kezdeményezés második eleme a szerződésszegés jogkövetkezményei ajánlatkérő általi érvényesítése elmulasztására irányuló véleményt, felvetést nem tartalmaz, kizárólag a teljesített szerződés műszaki tartalmának az eredeti közbeszerzési dokumentumoktól való eltérése miatt kéri a jogsértés megállapítását, a II. r. kérelmezett által e körben említett bírósági ítélet a jelen hatásköri kérdés megítélésénél nem irányadó.

84. Tekintettel arra, hogy a kezdeményezés második eleme tárgyát közbeszerzést érintő jogszabály jogellenes alkalmazása képezi és a kezdeményező a Kbt. 152. § (1) bekezdés a) pontja alapján jogosult kezdeményezés előterjesztésére, ha a Kbt.-be ütköző magatartás vagy mulasztás jut tudomására, valamint a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerint akkor is, ha a közbeszerzési szerződés módosítására álláspontja szerint jogszerűtlenül került sor, a Döntőbizottság a II. r. kérelmezetti érveléssel szemben megállapította, hogy a kezdeményezés az arra jogosulttól származik, ezért erre tekintettel az eljárás megszüntetésének nem látta okát.

85. A II. r. kérelmezett álláspontja az is, hogy amennyiben a Döntőbizottság vizsgálja a szerződésszerű teljesítést, ezzel más hatóság, így az építésügyi hatóság hatáskörébe tartozó kérdésben foglal állást.

86. A hatáskört érintő kérelmezetti hivatkozással összefüggésben a Döntőbizottság rögzíti, hogy hatásköre szempontjából a Kbt. 145. § (2) és (3) bekezdését tekinti irányadónak, vizsgálata során építésügyi jogszabályok érvényesülését nem vizsgálja. A kezdeményezés második eleme tekintetében nem abban a kérdésben foglal állást, hogy a közbeszerzés tárgyát képező építési beruházás megfelel-e az építésügyi előírásoknak, a kivitelezés eredményeképpen használatra alkalmas, megfelelő minőségű kerékpárút jött-e létre, hanem hogy a közbeszerzési szerződést a közbeszerzési dokumentumoknak megfelelően teljesítették-e a felek, illetve amennyiben a szerződés módosítására került sor, az megfelelt-e az irányadó közbeszerzési jogi előírásnak. A Döntőbizottság a fentiekre tekintettel megállapította, hogy a

Kbt. 145. § (2) és (3) bekezdései szerinti hatáskörében kizárólag abban a kérdésben kell állást foglalni, hogy a kérelmezettek megsértették-e a Kbt. 141. § (6) bekezdés b) pontját, mely kérdést érintő hatásköre egyértelműen megállapítható.

87. A kezdeményezés második eleme ténybeli alapját egyrészt az képezi, hogy az 1. szakértői vélemény szerint a Ckt útalap vastagsága nem mindenütt felelt meg a közbeszerzési dokumentumok szerinti 15 cm-es vastagságnak. A jogkérdés megítélésekor továbbá tekintettel kell lenni a kezdeményezés első eleme körében megállapított jogsértés vizsgálata során feltárt azon körülményre is, mely szerint a közbeszerzési dokumentumok nem rögzítették, hogy a tárgyi közbeszerzési szerződés teljesítésének ellenőrzésekor mely szabvány szerinti feltételek vizsgálandók. Ebből a szempontból a Döntőbizottság álláspontja szerint kizárólag annak a két ténynek van jelentősége, hogy a közbeszerzési műszaki feltételek szerint a Ckt útalap vastagságának 15 cm-esnek kellett lennie, és a műszaki feltételektől eltérő teljesítés történt ott, ahol a Ckt útalap kisebb, mint 15 cm. Rögzítendő, hogy a Ckt útalap vastagságának a műszaki feltételektől való eltérése a Hatóság által alkalmazott igazságügyi szakértő eljárása során derült ki, mindazonáltal az 1. szakértői vélemény Ckt útalap vastagságára vonatkozó állítását alátámasztja a csatolt, szakértőtől független Mélyépítő Labor Kft. által készített vizsgálati jegyzőkönyv is.

88. A Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint a Közbeszerzési Döntőbizottság eljárására az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) rendelkezéseit kell alkalmazni e törvény, valamint az e törvény felhatalmazása alapján alkotott végrehajtási rendelet kiegészítő vagy eltérő rendelkezéseinek figyelembevételével.

Az Ákr. 62. § (2) bekezdése szerint a hatósági eljárásban minden olyan bizonyíték felhasználható, amely a tényállás tisztázására alkalmas. Nem használható fel bizonyítékként a hatóság által, jogszabálysértéssel megszerzett bizonyíték.

Az Ákr. 62. § (4) bekezdése szerint a hatóság szabadon választja meg a bizonyítás módját, és a rendelkezésre álló bizonyítékokat szabad meggyőződése szerint értékeli.

89. A Ckt útalap műszaki feltételektől való eltérését a Döntőbizottság a vizsgálati jegyzőkönyv alapján tényként fogadta el. A vizsgálati jegyzőkönyvet a Mélyépítő Labor Kft. Szegedi Területi Laboratóriuma készítette, amely szervezet a Nemzeti Akkreditáló Hatóság nyilvántartása alapján jogosult „aszfalt laboratóriumi”-, „útpálya-szerkezetek helyszíni”- és „építési kőanyagok” vizsgálatára, továbbá „hidraulikus kötőanyagú keverékek, aszfalt mintavételére”. Az akkreditált laboratórium jegyzőkönyve a kezdeményezés mellékleteként került csatolásra, és egyértelműen alátámasztja a kezdeményező álláspontját, mely szerint az elkészült kerékpárút öt különböző, egymástól szétszórta távol lévő helyszínén vett minta közül négy nem felelt meg a Ckt útalapra vonatkozó 15 cm-es vastagságot tartalmazó műszaki feltételnek.

90. A Kbt. 145. § (1) bekezdése alapján alkalmazandó Ákr. 62. § (2) és (4) bekezdései felhatalmazása szerint tekintettel arra, hogy a műszaki feltételektől való eltérés ténye a nevezett laborvizsgálati jegyzőkönyv alapján egyértelműen megállapítható volt és az akkreditált laboratóriumi adatokat, mérési eredményeket a kérelmezettek sem észrevételükben, sem a 2. szakértői vélemény útján nem vitatták, a tényállás tisztázása szempontjából nem volt jelentősége annak, hogy az 1. szakértői vélemény elkészítése, a szakértő kirendelése, képzettsége megfelelt-e a jogszabályoknak. A Döntőbizottság fentiekre tekintettel nem foglalt érdemben állást a II. r. kérelmezett által az 1. szakértői véleményt készítő szakértő felkészültségét, jogosultságait, elfoglaltságát, illetve a kirendelés szabályszerűségét érintő észrevételekkel kapcsolatosan, valamint az ellenőrzés tekintetében alkalmazandó szabványok körüli kétségek miatt a mintavétel szabályszerűségét érintő

észrevételeket érintően sem. Figyelemmel arra, hogy a Ckt útalap előírt vastagságtól való eltérését a laborvizsgálati jegyzőkönyv és a kezdeményező nyilatkozata alapján alátámasztottnak látta, nem volt annak jelentősége, hogy a Hatóság az 1. szakértői véleménnyel összefüggő eljárási szabályokat betartotta-e, továbbá annak a kezdeményező által előterjesztett nyilatkozatnak sem, mely szerint a szakértő az 1. szakértői véleményt visszavonta.

91. A Döntőbizottság fentiekből eredően sem a Hatóság szakértő kirendelésével, ügyintézési határidő megtartottságával kapcsolatos eljárása jogszerűségét nem vizsgálhatta, illetve mivel döntésekor nem az 1. szakértői vélemény megállapításaira, hanem a laborvizsgálati jegyzőkönyvre alapította a tényállást, a szakértői vélemény visszavonására irányuló nyilatkozat új tényként, körülményként nem volt értékelhető. A fenti okokból mellőzésre kerültek az 1. szakértői véleményt készítő szakértő nyilatkozatának beszerzésére, valamint a laborvizsgálati jegyzőkönyv tartalmára és joghatályára tekintettel a kerékpárút újbóli mintavételére vonatkozó indítványok, valamint a kezdeményező újabb szakértő kirendelésére irányuló indítványa is.

92. A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek beszerzésüket közbeszerzési eljárás útján kötelesek megvalósítani, különösen a Kbt. 4. § (1) bekezdéséből és a Kbt. 141. § (6) bekezdés felvezető mondatából következően minden beszerzés előtt, így a szerződés módosítása útján megvalósult beszerzést megelőzően is, közbeszerzési eljárás lefolytatása kötelező. Az egyébként kivételes – közbeszerzési eljárás mellőzésével megvalósított - szerződésmódosítás feltételeit a jogszabályok taxatívén sorolják fel, amelyek értelmezésekor a Kbt. 2. § (7) bekezdés első mondata szerinti kógenciára is figyelemmel kell lenni. A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a közbeszerzési szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges, és mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A felhívott jogszabályhely b) pontja továbbá kimondja, hogy akkor is lényeges a szerződésmódosítás, ha az a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára változtatja meg.

93. A Döntőbizottság előjáróban rögzíti, hogy nem vitatható a II. r. kérelmezett által az átalánydíjas szerződésekre vonatkozóan előadott érvrendszer, különös tekintettel arra, hogy a vállalkozó úgy vállal kötelezettséget egy létesítmény rendeltetésszerű megvalósítására, hogy a díjra nem a megvalósult mű tételes felmérése alapján válik jogosulttá, azaz amennyiben a rendeltetésszerű használatra alkalmas állapotot az előírányozotthoz képest kisebb mennyiség beépítésével is meg tudja valósítani, akkor is az ellenszolgáltatás teljes összegére válik jogosulttá. E körben a Döntőbizottság rögzíti azt is, hogy a fenti érvelés az építési beruházásokra általánosságban vonatkoztatható, azonban hangsúlyozandó, hogy jelen esetben a vizsgálat alapját egy közbeszerzési szerződés képezi, melynek megkötésére vonatkozóan a Kbt. 131. (1) bekezdése az alábbiakat írja elő: „Eredményes közbeszerzési eljárás alapján a szerződést a nyertes ajánlattevővel – közös ajánlattétel esetén a nyertes ajánlattevőkkel – kell írásban megkötni a közbeszerzési eljárásban közzétett végleges feltételek, szerződéstervezet és ajánlat tartalmának megfelelően.” E rendelkezésből egyértelműen következik, hogy a nyertes ajánlattevő, mint vállalkozó szerződéses kötelezettsége kiterjed az ajánlatkérő valamennyi, az ajánlati kööttség beálltakor, azaz az ajánlattételi határidő lejártakor érvényes előírására, így a műszaki dokumentáció minden paraméterére. A Döntőbizottság kiemeli e körben, hogy az ajánlatkérő a feladatleírásban konkrétan meghatározta, hogy a kerékpárútnál és pihenőnél 15 cm Ckt útalap beépítése szükséges. A fentiek alapján a II. r. kérelmezettnek a kivitelezés

során a 15 cm Ckt útalap beépítését kellett megvalósítania, attól még átalánydíjas szerződés esetén sem térhetett el.

94. A Döntőbizottság a kérelmezettek írásbeliség hiányára vonatkozó előadásai kapcsán rögzíti, hogy a kötelek és azok módosításának létrejöttéhez polgári jogi értelemben a felek közötti egyetértés szükséges a kötelelem alapvető feltételeiben. A fent hivatkozottak szerint az egyetértés megvolt, mikor a módosított műszaki tartalmat a felek jóváhagyták. Ennek megfelelően a Döntőbizottság álláspontja szerint a felek a szerződést módosították, függetlenül attól, hogy a formakényszeret betartották-e vagy sem, s a Kbt. céljaival ellentétes jogértelmezéshez vezetne, ha pusztán az írásbeliség hiánya miatt nem vizsgálná a kötelelem tartalmának módosulása esetén a Kbt. szerződésmódosítás korlátaira vonatkozó szabályozást.

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

(1) Ha jogszabály vagy a felek megállapodása a jognyilatkozatra meghatározott alakot rendel, a jognyilatkozat ebben az alakban érvényes.

(2) Ha a jognyilatkozat meghatározott alakban tehető meg érvényesen, a jognyilatkozat módosítása, megerősítése, visszavonása, megtámadása, valamint a jognyilatkozat alapján létrejött jogviszony módosítása és megszüntetése is a meghatározott alakban érvényes.

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

(1) Az alakiség megsértése miatt semmis szerződés a teljesítés elfogadásával a teljesített rész erejéig érvényessé válik. Ha jogszabály közokiratba vagy teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalást ír elő, vagy a szerződés ingatlan tulajdonjogának átruházására irányul, a teljesítés a kötelező alakiség mellőzése miatti érvénytelenséget nem orvosolja.

(2) A szerződésnek a kötelező alakiség mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása is érvényes, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött. Ha jogszabály közokiratba vagy teljes bizonyító erejű magánokiratba foglalást ír elő, vagy a szerződés ingatlan tulajdonjogának átruházására irányul, a szerződésnek a kötelező alakiség mellőzésével történt módosítása, megszüntetése vagy felbontása abban az esetben is semmis, ha az annak megfelelő tényleges állapot a felek egyező akaratából létrejött.

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

96. A Döntőbizottság a fenti jogszabályi rendelkezések alapján megállapította, hogy a szerződés módosítása csak a kötelező alakiség megtartásával, írásban történhetett volna. A Döntőbizottság hangsúlyozza e körben, hogy sem a Kbt., sem a Ptk. nem tartalmaz olyan kötöttséget, illetve tilalmat, hogy a közbeszerzési szerződés nem írásban történt módosítását ne lehetne megítélni abból a szempontból, hogy a módosítás a Kbt. előírásainak megfelelően történt-e. A Döntőbizottság utal arra is, hogy a közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződésekre háttérjogszabályként alkalmazandó Ptk. a szerződésmódosításra vonatkozó kötelező alakiség hiánya esetén az egyező akaratot tekinti egyetlen olyan elemnek, amely alapján a felek magatartása tartalmilag szerződésmódosításnak minősülhet. Az ajánlatkérő 2018. december 20-án átvette az elkészült kerékpárutat, mellyel a szerződésnek a megváltozott műszaki tartalom szerinti teljesítéséhez hozzájárult.

97. A Döntőbizottság álláspontja szerint a kérelmezettek között létrejött szerződés módosítása lényeges, mert alátámasztásra került, hogy a Ckt útalapra vonatkozó műszaki tartalom megváltoztatását eredményezte, vagyis a szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határozott meg, a II. r. kérelmezett által nyújtott szolgáltatás minősége változott azzal, hogy az ajánlatkérői elvárásoknak nem megfelelő vastagságú útalap került

beépítésre. Ezzel a szerződés gazdasági egyensúlya (a szolgáltatás-ellenszolgáltatás egyenértékűsége) változott a szolgáltatási oldalon, azonban a felek nem rendelkeztek ehhez igazodóan az ellenszolgáltatás rendezéséről, így a II. r. kérelmezett nyilvánvalóan gazdasági szempontból előnyösebb helyzetbe került. Az ajánlatkérő úgy utalta át a II. r. kérelmezett részére az ellenszolgáltatást, hogy nem vette figyelembe azt, hogy a II. r. kérelmezett által készített Ckt útalap nem felelt meg minden tekintetben az általa előírtaknak. Előbbiekből következően egyértelműen megállapítható, hogy a szerződés gazdasági egyensúlya a II. r. kérelmezett javára tolódott el.

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

99. A Döntőbizottság nem osztotta a II. r. kérelmezett álláspontját abban a tekintetben, hogy a szerződésmódosítás jogszerűtlen volta miatt vele, mint ajánlattevővel szemben nincs helye jogsértés megállapításának. A Kbt. 141. §-ban foglalt szerződés módosításra vonatkozó rendelkezések törvényi címzettje a „felek”. Ennek megfelelően a szerződés módosítással kapcsolatban hivatkozott jogsértések vizsgálatát a Döntőbizottság mindkét módosításban tevőlegesen részt vevő féllel szemben folytatta le. Azon cselekmények tekintetében ugyanis ahol azok létrejöttéhez a felek együttes magatartása szükséges, fogalmilag ugyanis kizárt kizárólag csak az egyik fél jogsértése, hisz mint jelen jogorvoslati eljárásban releváns szerződésmódosítások nem jöttek volna létre kizárólag az ajánlatkérő, illetve kizárólag a kérelmezett magatartásával. A szerződés módosítására vonatkozóan a norma címzettje a szerződést megkötő felek, így az abban foglaltak megsértését is kizárólag közösen tudják megvalósítani. Ennek megfelelően a jogsértés a II. r. kérelmezettel szemben – mint nyertes ajánlattevőként szerződő féllel, s mint szerződésmódosításban részt vevő féllel – is megállapításra került.

100. A harmadik kezdeményezési elem tekintetében a Döntőbizottság elsődlegesen az eljárásjogi feltételek meglétét vizsgálta, vagyis azt, hogy e kezdeményezési elem érdemi elbírálása nem ütközik-e eljárásjogi akadályba.

101. A Döntőbizottság megállapította, hogy a második kezdeményezési elem alapos volta miatt a harmadik kezdeményezési elem elbírálására okot adó körülmény már nem áll fenn, vagyis e vonatkozásban az eljárás okafogyottá vált, tekintettel arra, hogy jelen kezdeményezési elem vizsgálatát – vagylagos kezdeményezési elemként – arra az esetre kérte a kezdeményező, ha a második kezdeményezési elemnek nem adna helyt a Döntőbizottság.

102. Az Ákr. 47. § (1) bekezdés c) pontja szerint a hatóság az eljárást megszünteti, ha az eljárás okafogyottá vált.

103. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a kezdeményezés első és második elemei tekintetében megállapította a jogsértés megtörténtét, és bírságot szabott ki az ajánlatkérővel szemben, míg a jogorvoslati eljárás a kezdeményezés harmadik eleme tekintetében az Ákr. 47. § (1) bekezdés c) pontja – okafogyottság miatt - megszüntette.

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

A Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását, ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

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

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

A Kbt. 165. § (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 - továbbá a 62. § (1) bekezdés q) pont szerinti jogsértés megállapítása esetén az eltiltás időtartamának - megállapításában az eset összes körülményét, így különösen

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

105. A Döntőbizottságnak abban nem volt mérlegelési lehetősége, hogy bírságot szabjon-e ki, mivel a Kbt. 165. § (6) bekezdés e) pontja alapján arra a kezdeményezés második eleme tekintetében megállapított jogsértés miatt köteles volt, mivel a jogorvoslati eljárás a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján került kezdeményezésre. A Döntőbizottság az ajánlatkérővel és a II. r. kérelmezettel szemben kiszabott bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a közbeszerzési szerződés módosított értéke nettó 413.098.381.-Ft volt. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a jogsértés súlyát, és azt az első kezdeményezési elemnél megállapított jogsértés tekintetében is súlyosnak találta, mivel az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás nem megfelelő előkészítésével a Kbt. 2. § (4) bekezdése szerinti közpénzekkel való hatékony és felelős gazdálkodást, mint alapvető szintre emelt garanciákat veszélyeztette. A Döntőbizottság a kezdeményezés második eleme vonatkozásában megállapított jogsértést is súlyosnak ítélte. A szolgáltatás-ellenszolgáltatás egyensúlyának bármely fél számára történő indokolatlan eltolódása a polgári jog szabályai szerint is súlyos jogkövetkezménnyel járhat. A közbeszerzés alapelveit (jelen esetben különösen a Kbt. 2. § (4) bekezdését) és célját sérti az ilyen jogsértő magatartás, hisz a közbeszerzési eljárás feltételeinek utólagos módosulásával jár, s annak jelentőségét relativizálja. A Döntőbizottság

azt is figyelembe vette, hogy a jogsértés utólag nem reparálható, valamint, hogy a közbeszerzés támogatásból megvalósult beruházásra irányult, amelyre tekintettel a jogsértés megállapításához más szerv eljárásában szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fenti szempontok kifejezett mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott bírságot szabta ki a rendelkező részben meghatározott összegben az ajánlatkérővel és a II. r. kérelmezettel szemben. A bírság összegének az I. és II. r. kérelmezettek esetében megvalósult eltérését indokolta, hogy az I. r. kérelmezett ajánlatkérő terhére két tételes jogsértés került megállapításra. A Döntőbizottság megállapította továbbá, hogy a kérelmezettek közrehatása és felelőssége a kezdeményezés második eleme szerinti jogsértés megvalósulásában azonos volt.

106. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó az Ákr. 126. § (2) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

107. A határozat nem érdemi (megszüntető) rendelkezése(i) elleni önálló jogorvoslat lehetőségét az Ákr. 116. § (3) bekezdésére tekintettel a Kbt. 169. § (1) bekezdése, a határozat érdemi rendelkezése(i) közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt 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, 2019. október 4.

Dr. Fáry Zoltán sk.
a tanács elnöke

Tomasovszki Tamás sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Hunya István sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Kezdeményező képviselője, kizárólag elektronikus úton
2. Ajánlatkérő képviselője, kizárólag elektronikus úton
3. II. r. kérelmezett jogi képviselője részére, kizárólag elektronikus úton
4. Miniszterelnökség, kizárólag elektronikus úton
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága, kizárólag elektronikus úton