



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.241/9/2021.

A tanács tagjai: Dr. Petró Szilvia közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Gusztávné közbeszerzési biztos, Dr. Andriská Szilvia közbeszerzési biztos

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

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Bakos Balázs
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
(Budapest, Riadó u. 5.)

Az ajánlatkérő: Uzsoki Utcai Kórház
(Budapest, Uzsoki utca 29-41.),

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Csók István Áron
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó
TriCSÓK Tanácsadó és Szolgáltató Zrt.
(Budapest, Teréz krt. 19.)

A kérelmezett: P. DUSSMANN Szolgáltató Kft.
(1134 Budapest, Váci út 35.)

A beszerzés tárgya, értéke: Uzsoki Utcai Kórház részére betegélelmezési és alkalmazotti élelmezési szolgáltatás ellátása, nettó 864.037.800.-Ft

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

H A T Á R O Z A T-ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a 2020. július 31. napján kelt 2. sz. szerződésmódosítással megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (4) bekezdés c) pontját.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 1.500.000.-Ft, azaz egymillió-ötszáz ezer forint, míg a kérelmezettel szemben 500.000.-Ft, azaz ötszáz ezer forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható, a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet a Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya. A jogi képviselővel eljáró fél, illetve a belföldi székhellyel rendelkező gazdálkodó szervezet kizárólag elektronikus úton nyújthatja be a keresetet.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a 2017. szeptember 5. napján feladott és a Kiegészítés az Európai Unió Hivatalos Lapjához című kiadvány S sorozatában (a továbbiakban: TED-adatbázis) 2017/S 172-352980. iktatószám alatt megjelent ajánlati felhívásával a Kbt. Harmadik Része alapján irányadó szabályok szerint a Kbt. 112. § (1) bekezdés b) pont alkalmazásával nyílt közbeszerzési eljárást indított a bevezető részben meghatározott szolgáltatás megrendelése tárgyában.

Az eljárás során az ajánlatkérő két alkalommal módosította a közbeszerzési dokumentumokat, a módosított ajánlattételi határidő 2017. október 13. napján 11 órakor járt le.

2. A közbeszerzési dokumentumok az alábbi, jelen jogorvoslati eljárás szempontjából lényeges előírásokat tartalmazták:

„II.1.4) Rövid meghatározás: Vállalkozási szerződés alapján: az ajánlatkérő kórház fekvőbetegei és személyzete közétkeztetésének folyamatos biztosítása, beleértve a 43/2014. (VIII. 19.) EMMI. rendelet 2. sz. melléklete által meghatározott ellátás biztosítását is, valamint az étkezés során keletkező ételhulladék biztonságos elszállítása. A feladat részletes ismertetését és a szerződéses kötelezettségeket a közbeszerzési dokumentum tartalmazza.

II.1.6) Részekre vonatkozó információk:

A beszerzés részekből áll: nem

II.2.4) A közbeszerzés ismertetése:

Napi átlag beteglétszám: 600 fő. Dolgozói ebéd napi átlag: 300 fő. A konyha kapacitása: 1000 adag/nap.

Ajánlattevő Ajánlatkérő konyhájában jogosult mások számára is főzni, a konyha használatért nettó 1.500.000.-HUF/hó, tárgyi adómentes bérleti díjat köteles fizetni az ajánlatkérő részére.

A normál és a diétás étkeztetés várható aránya: 70-30 %,

Napi étkeztetések száma: Normál étkeztetés esetén: napi négy (reggeli, ebéd, uzsonna, vacsora). Diétás étkeztetés esetén napi öt (reggeli, tízórai, ebéd, uzsonna, vacsora) az elvárt mennyiség. Ajánlatkérő biztosítja mindkét telephelyen a tálalórendszert. Az eszközök tisztántartása és pótlása Ajánlattevő feladata és költsége. A telephelyek közötti szállítást Ajánlattevő saját szállító eszközével, saját költségen köteles megoldani.

Opcionális rész: Az ajánlatkérő a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja alapján előre valamennyi érdeklődő gazdasági szereplőnek jelzi, hogy a szerződés időtartama alatt bekövetkező előre nem látható ellátási okból, vagy felettes szerv döntése, vagy más rajta kívül álló okból a beszerzés mennyisége maximum +30 %-al változhat. Továbbá a szerződés időtartama az újabb közbeszerzési eljárás eredményes lezárásáig, egy alkalommal max. 6 hónapra meghosszabbítható.

II.2.7) A szerződés időtartama: 24 hónap

II.2.13) Európai uniós alapokra vonatkozó információk

A beszerzés európai uniós alapokból finanszírozott projekttel és/vagy programmal kapcsolatos: nem”

3. Az ajánlatkérő 2018. január 19. napján készítette el az ajánlatok elbírálásáról szóló összegezést. Az összegezés V. pontja szerint az eljárás eredményes volt, a módosított ajánlattételi határidő lejártáig két érvényes ajánlat érkezett. Az V.2.6) pontban szerepelt, hogy az eljárás nyertese a kérelmezett lett.

4. Az ajánlatkérő 2018. február 22. napján adta fel közzétételre az eljárás eredményéről szóló, 2018/S 039-085861 számú tájékoztató hirdetményt, amelynek V.2.4) pontja szerint a szerződés eredetileg becsült összértéke nettó 956.117.500.-Ft, a szerződés végleges összértéke nettó 542.463.000.-Ft.

5. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2018. január 31. napján írták alá az SZ0062-18 iktatószámú vállalkozási szerződést (a továbbiakban: szerződés).

A felek a szerződés 1.1. pontjában a következők szerint határozták meg a szerződés tárgyát. „Kórház megrendeli, Szolgáltató elvállalja a jelen szerződés és megkötéséhez vezető közbeszerzési eljárás iratanyaga szerinti mennyiségben, módon, minőségben és egyéb paramétereknek megfelelő étkezési szolgáltatás ellátását.

A szerződés 3. pontjában a felek – egyebek mellett – az alábbiakat rögzítették a szerződéses ellenértéket érintően. „Kórház a jelen szerződés szerinti szolgáltatások ellenértékeként a Szolgáltatónak szolgáltatási díjat tartozik fizetni. A szolgáltatási díj összegét a szerződés időtartama alatt az 1. számú melléklet tartalmazza, mely összeg teljes egészében magában foglalja a jelen szerződésben szereplő valamennyi szolgáltatás értékét.”

A felek a szerződés hatályáról az alábbiak szerint rendelkeztek a szerződés 11. pontjában. „Jelen szerződés a felek aláírásával lép hatályba 24 hónapos határozott időtartamra. A szolgáltató a jelen szerződés szerinti élelmezési szolgáltatás teljesítését legkésőbb a szerződés hatályba lépését követő 30 napon belül köteles elkezdni.

A szerződés időtartama meghosszabbítható, amennyiben az eredeti lejártakor az újabb közbeszerzési eljárás eredményes lezárására nem került sor. Ebben az esetben a szerződés az újabb közbeszerzési eljárás eredményes lefolytatásáig, de legfeljebb 6 hónappal hosszabbítható meg.”

6. A felek két alkalommal módosították a szerződést az alábbiak szerint.

7. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2019. július 12. napján írták alá a szerződés 1. sz. módosítását, amely a szolgáltatási díjat érintette. A felek a Kbt. 141. § (2) bekezdés b) pontjára való hivatkozással nettó 50.343.300.-Ft-tal megemelték a szerződés értékét, így az nettó 542.463.000.-Ft-ról nettó 592.806.300.-Ft-ra emelkedett.

Az ajánlatkérő 2019. augusztus 6. napján adta fel a szerződés 1. sz. módosításáról szóló, 2019/S 153-378334 számú tájékoztató hirdetményt.

8. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2020. július 31. napján írták alá a szerződés 2. sz. módosítását (a továbbiakban: 2. sz. módosítás), mely a szerződés értékének 50%-kal, tehát nettó 271.231.500.-Ft-tal való megemelése mellett a szerződés időbeli hatályát érintette, melyet a felek 255 nappal, 2021. április 13. napjáig kiterjesztették.

A felek a 2. sz. módosítás IV.2) pontjában az alábbi indokokat hozták fel a közbeszerzési jogi megfeleléség körében.

„A szerződés Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján történő módosítását az alábbiak támasztják alá:

ca) A Megrendelő a Szerződésmódosítás 1. pontjában részletesen meghatározottak szerint a kellő körültekintés mellett sem számolhatott a kialakult vis maior helyzet miatti COVID-19 járvánnyal kapcsolatos kiegészítő tájékoztatáskéréssel, mely okán a közbeszerzési eljárást vissza kellett vonni;

cb) A Szerződésmódosítás nem változtatja meg a Szerződés általános jellegét, mert a felek jogai és kötelezettségei nem változnak.

cc) Az ellenérték növekedése nem haladja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át, tekintettel arra, hogy a módosítás eredményeként a legalább meghosszabbításra kalkulált 219.555.000.-Ft összegű (módosítás egy élelmezési napra eső értéke 561.000.-Ft*255) értéknövekedése nem éri el a Szerződés eredeti értékének (743.100.-Ft élelmezési nap*365*2=542.463.000.-Ft) 50%-át képező 271.231.500.-Ft összegét. A szerződés értékének növekedése nem éri el az uniós értékhatár összegét sem.”

9. Az ajánlatkérő 2020. augusztus 11. napján adta fel a 2. sz. módosításról szóló, 2020/S 157-384044 számú tájékoztató hirdetményt. A hirdetmény VI.3) és VII.2) pontjai tartalmazták a módosítás okait a következők szerint.

„Módosítási igény olyan körülmények miatt, amelyet a kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő nem láthatott előre (a 2014/23/EU irányelv 43. cikke (1) bekezdésének c) pontja, a 2014/24/EU irányelv 72. cikke (1) bekezdésének c) pontja, a 2014/25/EU irányelv 89. cikke (1) bekezdésének c) pontja)

A módosítás szükségességét indokló körülmények ismertetése, és e körülmények előre nem látható jellegének magyarázata:

Felek rögzítik, hogy MAGYARORSZÁG Kormánya a veszélyhelyzet kihirdetéséről szóló 40/2020. (III. 11.) Korm. rendelettel 2020. március hónap 11. napjával az élet- és vagyonbiztonságot veszélyeztető tömeges megbetegedést okozó humánjárvány következményeinek elhárítása, a magyar állampolgárok egészségének és életének megóvása érdekében MAGYARORSZÁG egész területére veszélyhelyzetet hirdetett ki.

A Megrendelő kellő körültekintés mellett sem számolhatott a kialakult vis maior helyzet miatti COVID-19 járvánnyal kapcsolatos kiegészítő tájékoztató kéréssel, amely okán az új közbeszerzési eljárást vissza kellett vonni. Megállapítható, hogy a Megrendelő mindent megtett annak érdekében, hogy az új közbeszerzési eljárás alapján megkötendő szerződés az eredeti szerződés lejáratú időpontja kerülhessen megkötésre, hiszen a Megrendelő megküldte 2019. november hónap 29. napján az ÁEEK részére az új közbeszerzési eljárást előkészítő iratokat, többek között a szerződés-tervezetet és az ajánlati felhívást is. Azonban a COVID-19 járvány, mint előre nem látható körülmény ellehetetlenítette az új közbeszerzési szerződés megkötését, így az átmeneti időszak során való betegélelmezési és alkalmazotti élelmezési szolgáltatás ellátása érdekében a korábbi Szerződés Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti módosítása vált szükségessé.

Felek a fentiekre tekintettel a Szerződést legfeljebb a visszavonást követően az új közbeszerzési szerződés megkötéséig, de legfeljebb 255 nappal hosszabbítják meg. Ezen 255 nap számításának alapját az alábbiak képezik:

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont cc) alpontja alapján az ellenérték növekedése az eredeti szerződés értékének 50 %-áig terjedhet, azaz 271 231 500 HUF összegszerűségig.

A 255 napos időtartam: 271 231 500 HUF (az eredeti szerződés értékének 50 %-a) – 50 343300 HUF (1. számú Szerződésmódosítás szerinti értéknövekedés összege) = 220 888 200 HUF; az értéknövekedés 1 hónapra: 26 117 000 HUF; 220 888 200 HUF: 26 117 000 HUF = 8,45 hónap; azaz 8 hónap 13,5 nap, vagyis 8 hónap 13 teljes nap, amely 255 élelmezési napot (2020.8.1. napjától 2021.4.13. napjáig) jelent.”

10. Az ajánlatkérő a szerződésmódosításról szóló tájékoztató hirdetményben hivatkozott – később visszavont – közbeszerzési eljárást a 2020. március 24. napján feladott 2020/S 061-146438 számú felhívással indította meg.

A felhívás II.2.4) pontjában az alábbiak szerint szerepelt a közbeszerzés ismertetése:

„Napi átlag beteglétszám: 600 fő.

Dolgozói ebéd napi átlag: 300 fő.

A konyha főzőkapacitása: 1000 adag/nap.

Ajánlattevő az Ajánlatkérő konyhájában jogosult az alkalmazottak számára is főzni, a konyha használatért 1 500 000 Ft/hó bérleti díjat köteles fizetni Ajánlatkérő részére.

A normál (ideértve a könnyű vegyes étkeztetést is) és a diétás étkeztetés várható aránya: 70-30 %. Ajánlatkérőnél a 2019 évben teljesített ételmezési napok száma: 301 537 ételmezési nap

Napi étkeztetések száma:

Normál (ideértve a könnyű vegyes étkeztetést is) étkeztetés esetén: napi négy étkeztetés (reggeli, ebéd, uzsonna, vacsora.)

Diétás étkeztetés esetén: napi öt étkeztetés (reggeli, tízórai, ebéd, uzsonna, vacsora) az elvárt mennyiség.

Ajánlatkérő biztosítja mindkét telephelyen a tálalórendszert. Az eszközök tisztántartása és pótlása nyertes Ajánlattevő feladata és költsége. A telephelyek közötti szállítást nyertes Ajánlattevő saját szállító eszközével, saját költségen köteles megoldani.”

11. A közbeszerzési eljárás során, 2020. június 3. napján az alábbi kiegészítő tájékoztatáskérés érkezett:

„Tisztelt Ajánlatkérő!

1. Az Ajánlati felhívás II.2.4. pontjában (A közbeszerzés ismertetése), valamint a Szerződéstervezet IV. Ételmezési szolgáltatás 2.1. Alapmennyiség pontja szerint: „Ajánlatkérőnél/Megrendelőnél a napi átlag beteglétszám 600 fő, a 2019. évben teljesített (beteg) ételmezési napok száma 301537 ételmezési nap” A napi 600 főt megszorozzuk 365-tel, az éves napok számával, az eredmény 219.000 ételmezési nap. Tapasztalatunk szerint (mint jelenlegi Szolgáltató) a 2019. évben ténylegesen teljesített, kiszámlázott ételmezési napok száma 199.732 volt, mely alapján a napi átlag ételmezési nap 547. Kérdés: Kérjük a napi átlag beteglétszám, valamint a 2019. évben teljesített ételmezési napok száma esetében az ellentmondás feloldását.

2. A Covid 19 vírus terjedését megakadályozó intézkedések következtében a beteglétszám 2020. március 17-től nagymértékben lecsökkent. Jelenleg a 2019. évi átlag létszám 61%-a. Információink szerint a beteglétszám a fokozatos feltöltés után sem fogja elérni a 2019. évi átlag létszámot. Kérdések: 1. Kérjük kiegészítő tájékoztatásukat arra vonatkozóan, hogy mikorra várható a beteglétszám feltöltése és milyen ütemben? 2. Milyen napi átlag létszámmal számoljunk az árajánlat elkészítésénél? 3. Amennyiben a megadott létszám/ételmezési nap még sem teljesül, milyen formában és mértékben tervezi Ajánlatkérő kompenzálni az eltérést?”

12. Az új eljárás visszavonására az alábbiak szerint került sor TED felületen 2020/S 114-277484 számon 2020. június 15. napján megjelent eljárás eredményéről szóló tájékoztató V. pontja alapján:

„Szerződés/rész odaítélésre került: nem”

A 2020/S 114-277484 számú tájékoztató VI.3) pontja alapján „1. Jelen hirdetmény a tárgyi közbeszerzési eljárás Kbt. 53. § (1)-(2) bekezdés szerinti visszavonás érdekében került feladásra. 2. Az V.1) pontban az "Egyéb ok (a közbeszerzési eljárást eredménytelennek minősítették)" azért került megjelölésre, hogy a hirdetmény a TED-en feladható legyen.”

13. A kezdeményező 2020. szeptember 23. napján a T-01824/03/2020. számú végzésével értesítette az ajánlatkérőt arról, hogy a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet (a továbbiakban: 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet) 4. §-ára, valamint az általános közgazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (Ákr.) 103. § (1) bekezdésére figyelemmel hatósági ellenőrzési eljárást indított a szerződés teljesítésének és módosításának ellenőrzése tárgyában.

A hivatalbóli kezdeményezés

14. A kezdeményező 2021. május 18. napján nyújtotta be a Döntőbizottság hivatalból indított eljárását kezdeményező iratot (a továbbiakban: kezdeményezés), melyben előadta, hogy kezdeményezői jogosultsága a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pont alapján áll fenn. Emellett ismertette a kezdeményezéssel érintett közbeszerzési eljárás főbb adatait, valamint a jogorvoslati eljárás szempontjából lényeges eljárási cselekményeket.

15. Részletes indokolásában bemutatta az 1. sz. és a 2. sz. módosításhoz vezető körülményeket és előadta, hogy az ajánlatkérő a 2. sz. szerződésmódosítással feltehetően megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját.

16. A kezdeményező a Miniszterelnökség által 2020. április 29. napján kiadott „A közbeszerzési szerződések módosítására vonatkozó jogszabályi rendelkezések alkalmazásáról a koronavírus okozta veszélyhelyzettel összefüggésben” című közleményre (a továbbiakban közlemény) hivatkozva az alábbiakat adta elő:

A közlemény szerint a szerződések módosíthatósága kapcsán továbbra is az a megközelítés érvényesül, hogy minden szerződésmódosítás esetén egyedileg, az adott módosítást a koronavírus (COVID-19) járvánnyal összefüggésben szükségessé tevő indokokat és a tervezett módosítás nagyságrendjét, jelentőségét figyelembe véve lehet megállapítani, hogy a módosítás törvényi feltételei fennállnak-e.

A közleményben rögzítettek szerint az előre nem láthatóság követelménye alapvetően akkor valósulhat meg, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra az ajánlatkérő kellő gondosság mellett, a beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott. Általánosságban elmondható, hogy maga a COVID-19 járvány európai és magyarországi elterjedése előre nem látható volt még néhány hónapja. Minden esetben vizsgálni kell azonban az adott beszerzés tárgyával összefüggésben azt is, hogy azok a konkrét körülmények, amelyekre a szerződésmódosítás szükségességét a felek alapozzák, valóban olyanok-e, amelyekre ajánlatkérő nem számíthatott. A koronavírus (COVID-19) járványnak és a veszélyhelyzet kihirdetésének tényére, ezek előre nem láthatóságára való általános hivatkozás önmagában nem elegendő a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpont szerinti feltétel fennállása megállapításához.

17. A kezdeményező rámutatott, hogy az ajánlatkérőnek a szerződésmódosítás jogszerűsége alátámasztásához egyrészt olyan körülményeket kell igazolnia, amelyek szükségessé teszik a szerződésmódosítást, azaz szükségesek a módosítandó, eredeti szerződés teljesítéséhez, továbbá ezeknek a körülményeknek általa kellő gondossággal eljárva előre nem láthatónak kell lenniük. A kialakult joggyakorlatnak megfelelően az előre nem láthatóság követelménye alapvetően akkor valósulhat meg, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem volt tudomása, és arra az ajánlatkérő a legnagyobb gondosság mellett a beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott.

18. A kezdeményező álláspontja szerint jelen esetben a módosítás indokaként megjelölt körülmény, azaz a COVID-19 járvány miatti beteglétszámmal kapcsolatos kiegészítő tájékoztatáskérés nem minősül a veszélyhelyzettel összefüggő olyan objektív körülménynek, mely megalapozza a szerződés módosításának szükségességét, tekintettel arra, hogy a módosítás nem a szerződés teljesítéséhez volt szükséges, annak időbeli hatályát azért kellett meghosszabbítani, hogy az új eljárás műszaki tartalmát a vírushelyzet miatti változáshoz tudja igazítani az ajánlatkérő. A kezdeményező álláspontja szerint ezen ajánlatkérői döntés a szerződésmódosítást indokoló körülményként nem értékelhető, a módosítás szükségessége nem megalapozott, a szerződés teljesítésére a módosítás nélkül is sor kerülhetett volna. Az okozati összefüggés a módosítás szükségessége és a veszélyhelyzet miatti kiegészítő tájékoztatáskérés között csupán közvetetten áll fenn.

Előadta, hogy az ajánlatkérő a veszélyhelyzet kihirdetését követően, 2020. március 24. napján indította meg az új közbeszerzési eljárást. Az ajánlatkérőnek – tekintettel a folyamatosan fennálló beszerzési igénye kielégítésére – a kezdeményező szerint lehetősége lett volna arra, hogy még a 2020. június 3. napján kelt kiegészítő tájékoztatáskérést megelőzően, a veszélyhelyzetre figyelemmel módosítsa az új közbeszerzési eljárás műszaki tartalmát, vagy visszavonja az eljárást. Az ajánlatkérőtől kellő gondosság mellett elvárható lett volna, hogy az új közbeszerzési eljárás megindítását követően kezelje azon új körülményt, miszerint a veszélyhelyzet kihirdetése miatt valószínűsíthető a műszaki tartalom módosításának szükségessége.

19. A kezdeményező álláspontja szerint a hatósági ellenőrzés során rendelkezésre álló iratok alapján megalapozottan feltételezhető, hogy a 2. sz. módosítás nem felel meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti esetkörnek, továbbá a szerződésmódosítás a Kbt. egyéb rendelkezése alapján sem minősül jogszerűnek.

20. A kezdeményező megsértett jogszabályhelyként megjelölte a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját. Előadta, hogy a jogsértés megtörténtének napja 2020. július 31-e, a 2. sz. módosítás aláírásának napja, míg a jogsértésről való tudomásszerzés napjaként – a Kbt. 153. § (4) bekezdésre figyelemmel – 2021. március 23-át, a közigazgatási hatósági ellenőrzés befejezésének napját jelölte meg.

21. A kezdeményező indítványozta, hogy a Döntőbizottság a Kbt. 149. § (1) bekezdés e) pontjára figyelemmel, a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pont alapján állapítsa meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont megsértését az ajánlatkérő és a kérelmezett tekintetében. Kérte továbbá bírság kiszabását a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pont alapján a Kbt. § (6) bekezdés e) pontra tekintettel.

22. A kezdeményező a jogorvoslati eljárás során benyújtott észrevételében az alábbiakat adta elő az ajánlatkérő eljárásjogi kifogására.

A kezdeményező a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontra, a Kbt. 153. § (3)-(4) bekezdéseire, továbbá a Kbt. 197. § (10) bekezdésre való hivatkozás mellett rámutatott arra, hogy a hatósági ellenőrzési eljárás megindításának napja 2020. szeptember 23-a volt, a befejezésének napja pedig az ellenőrzési eljárás lezárásáról szóló jegyzőkönyv alapján 2021. március 23. napja. A 2021. május 18. napján kelt kezdeményezés – figyelemmel a Kbt. 152. § (2) bekezdésében rögzített hatvan napos szubjektív határidőre – 2021. május 18. napján előterjesztésre is került a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján. A kezdeményező ehelyütt megjegyezte, hogy a jelen jogorvoslati eljáráshoz kapcsolódó hatósági ellenőrzési eljárás megindítására és lefolytatására, továbbá a kezdeményezés benyújtására 2019. január 1. napja után került sor,

erre tekintettel az ajánlatkérő által hivatkozott 9/2020. (V. 28.) AB határozat alapjául szolgáló tényállás – annak különbözőségére figyelemmel – nem tekinthető relevánsnak. A szubjektív határidőre a kezdeményező vonatkozásában – az ajánlatkérő okfejtésével ellentétben – a 2019. január 1-jét követően megindított hatósági ellenőrzési eljárások tekintetében a Kbt. 153. § (4) bekezdésében foglaltak az irányadók, ezért a kezdeményezés nem elkészt.

23. A módosítás tekintetében a kezdeményező Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztálya részéről került sor a szerződésmódosításról szóló tájékoztató hirdetmény ellenőrzésére. A hirdetményellenőrzéstől függetlenül került sor a kezdeményező másik szervezeti egysége, a Szerződés-ellenőrzési Főosztály által a tárgyi szerződés teljesítésének ellenőrzésére a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 4. §-a alapján. Ennek keretében, a teljesítéshez szükségszerűen kapcsolódó szerződésmódosítás iratanyaga is bekérésre került az ajánlatkérőtől és a nyertes ajánlattevőtől. A kezdeményezés a szerződésmódosítással kapcsolatban tehát a szerződés-ellenőrzési eljárás során a kezdeményező tudomására jutott többletinformációk alapján valószínűsíthető jogszabálysértés megállapítására irányul az alábbiak okán.

24. A módosítás indokául megjelölt EKR000825782019 azonosítószámú eljárásban benyújtott kiegészítő tájékoztatáskérés tartalmát csupán a szerződés-ellenőrzési eljárás során ismerhette meg a kezdeményező. Az ellenőrzési eljárás tényállástisztázó végzései szolgáltak arra, hogy a szerződő felek előadhassák álláspontjukat, mely nyilatkozatokra tekintettel jutott a kezdeményező olyan megalapozott tényismeret birtokába, melyre figyelemmel a feltételezett jogsértés miatt a Döntőbizottság előtt jogorvoslati eljárást kezdeményezett.

A kezdeményező a T-01824/09/2020 iktatószámú végzésében kérte, hogy az ajánlatkérő csatolja a szerződés módosításának egyik indokául megjelölt, az EKR000825782019 azonosítószámú közbeszerzési eljárásban benyújtott kiegészítő tájékoztatáskérést és az ajánlatkérő arra adott válaszát. A módosítás jogalapjaként megjelölt Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont megalapozottságát pedig ezen információk fényében vizsgálhatta a kezdeményező. A kezdeményezésben kifogásolt Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti egyik feltétel, a szükségesség megalapozottságának vizsgálatához tehát nélkülözhetetlen volt a kiegészítő tájékoztatáskérés tartalmának megismerése. A kezdeményező álláspontja szerint a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont alkalmazására nem a Miniszterelnökség által kiadott „A közbeszerzési szerződések módosítására vonatkozó jogszabályi rendelkezések alkalmazásáról a koronavírus okozta veszélyhelyzettel összefüggésben” című közleményben megkövetelt módon került sor, azaz a világjárvány nem a már megkötött szerződés teljesíthetőségével áll közvetlenül ok-okozati összefüggésben, hanem az azt „váltó” közbeszerzési eljárásban megfogalmazott beszerzési igénnyel. Ennélfogva a szerződésmódosítás nem közvetlenül a világjárvány miatt volt szükséges, hanem az új közbeszerzési eljárás kiegészítő tájékoztatáskérésében is bemutatott kiírásbeli problémák orvoslása miatt. Mindezen körülmények megállapítása nem volt lehetséges pusztán a szerződés módosításáról feladott hirdetmény alapján, ezek feltárásához, a kiegészítő tájékoztatáskérés megismeréséhez szerződés-ellenőrzési eljárás lefolytatására volt szükség, a jogsértésről való tudomásszerzést pedig ennek figyelembevételével lehet meghatározni.

25. A kezdeményező rámutatott, hogy az ajánlatkérő téves következtetéseket von le észrevétele I. c) pontjában a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés 4. oldalán rögzítettekből is. A Kúria Kfv.VI.37.948/2019/5. számú ítéletének [25] pontja alapján ugyanis „a szerződésmódosítás jogszerűségének megítélésénél csak azt lehet vizsgálni, hogy az ajánlatkérő milyen indokokat hozott fel a szerződés módosítására. A hirdetményben nem közölt szerződésmódosításra okot adó körülmény akkor sem értékelhető, ha egyébként

alátámasztaná a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglaltak fennállását.” A kezdeményezés csupán annak tényét rögzítette, miszerint az szerződésmódosítás és az arról közzétett hirdetemény indokai megegyeznek.

A szerződés-ellenőrzési eljárás jegyzőkönyvvel került lezárásra, amely egyúttal megnyitotta a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján a kezdeményező tudomásszerzését, s amely időponttól számított, a Kbt. 152. § (2) bekezdése szerinti 60 napos szubjektív jogvesztő határidő letele előtt a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezés benyújtásra került, így az ajánlatkérői állásponttal ellentétben az nem lehet elkésztett.

26. A kezdeményező érdemi észrevételében hivatkozott arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont konjunktív feltételeket tartalmaz, azaz az abban foglalt valamely feltétel meg nem valósulása esetén a szerződés nem módosítható jogszerűen.

Álláspontja szerint az ajánlatkérő tévesen értelmezi a hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezésben foglaltakat. A kezdeményező azt kifogásolta, hogy a szerződés módosítására nem annak teljesíthetősége céljából volt szükség. Az ajánlatkérő álláspontjával ellentétben a kezdeményező szerint a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja egyértelmű rendelkezést tartalmaz: 1) a szerződés módosítását olyan körülmények tették szükségessé, 2) amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre. Erre figyelemmel a jogszerű szerződésmódosításhoz a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti mindkét fordulatnak teljesülnie kell. A jogszabályhely kiüresedését jelentené, ha bármely, az ajánlatkérők által előre nem látható körülmény indokolhatná a szerződés módosítását annak az eredeti szerződés teljesítésével való közvetlen összefüggése, azaz a szükségesség nélkül.

Az ajánlatkérő észrevétele

27. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során benyújtott észrevételében eljárásjogi kifogást terjesztett elő az érdemi észrevétele mellett.

28. Eljárásjogi kifogása körében arra hivatkozott, hogy a közigazgatási hatósági ellenőrzés befejezésének napja a Kbt. 153. § (4) bekezdés alapján megdönthető vélelemnek minősül. Álláspontja szerint a kezdeményező a vélelmezett jogsértésről a Kbt. 187. § (2) bekezdés f) pontja, a közbeszerzési és tervpályázati hirdetemények feladásának, ellenőrzésének és közzétételének szabályairól, a hirdetemények mintáiról és egyes tartalmi elemeiről, valamint az éves statisztikai összegezésről szóló 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet (továbbiakban: 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet) 9. §-12. §-ai, a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pont és a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 12. §-ára figyelemmel legkésőbb 2020. augusztus 11-én tudomást szerzett, amikor a kezdeményező megküldte a TED adatbázisba közzétételre a 2. sz. szerződésmódosításról szóló tájékoztató hirdeteményt annak vizsgálatát követően.

A fentiek alapján a Kbt. 152. § (2) bekezdés szerinti határidő kezdő napja (a Kbt. 153. § (4) bekezdése szerinti törvényi vélelemmel szemben) valójában 2020. augusztus 11-e volt, az utolsó napja pedig 2020. október 12. napja.

29. Az ajánlatkérő a részéről megjelölt 2020. augusztus 11-i tudomásszerzési időpontot az alábbi dokumentumokra való hivatkozással és jogszabályi rendelkezések megjelölésével kívánta igazolni.

30. Rámutatott, hogy a kezdeményezés 4. oldalán az szerepel, hogy „A Módosításról szóló 2020/S 157-384044 számú hirdetemény indokolása teljes egészében a Módosítás II. részében megjelölt indokokat tartalmazza.” Az ajánlatkérő álláspontja szerint a módosításról szóló hirdetemény tartalmazta tehát mindazon információkat, amelyekről a kezdeményező a

közigazgatási hatósági eljárás során ismételten tudomást szerzett. Az ajánlatkérő álláspontja szerint nem merült fel olyan új körülmény a szerződés teljesítésének és módosításának közigazgatási hatósági ellenőrzése során, amely a feltételezett jogsértés tudomásra jutásának tényét és 2020. augusztus 11-i dátumát befolyásolhatta volna, és alátámasztaná a kezdeményező által megjelölt 2021. március 23-i tudomásszerzési időpontot.

31. Az ajánlatkérő álláspontja szerint a kezdeményező törvényi kötelezettsége, hogy amennyiben a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül (vagy annak megkezdését megelőzően) is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására a Kbt.-be ütköző módon került sor, úgy kezdeményezze a Döntőbizottság hivatalból való eljárását, ne várjon ezzel egy külön hatósági ellenőrzési eljárás lefolytatásáig.

32. Hivatkozott arra, hogy a következetes joggyakorlat alapján a tudomásszerzésnek egyetlen időpontja van, az jogilag releváns módon többször, különböző időpontokban nem következhet be ugyanazon szervezet vonatkozásában. Álláspontja szerint jelen esetben a kezdeményező tudomásszerzési időpontja a 2. sz. módosítás feltételezett jogsértő jellegével kapcsolatban az az időpont, amikor a 2. sz. módosításról szóló hirdetményt, (amely a módosítás indokolásával kapcsolatban minden releváns információt tartalmazott) annak jogszerűségi ellenőrzését követően, azt jogszerűként minősítve feladta közzétételre 2020. augusztus 11. napján.

33. Hivatkozott továbbá arra is az ajánlatkérő, hogy a kezdeményező a hatósági ellenőrzési eljárást a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 4. § alapján indította meg, így a kezdeményező nem is a 12. § szerinti szerződésmódosítást kezdeményezte vele szemben. Erre tekintettel a kezdeményező ellenőrzési hatásköre a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 1. §-ában foglalt ellenőrzési tárgyakra (jogi, műszaki és szakmai szempontú ellenőrzés) terjedhet ki, de nem terjedhet ki a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 12. §-a szerinti közbeszerzési jogi szempontú ellenőrzésre.

34. Előadta továbbá, hogy álláspontja szerint a kezdeményező a 2020. június 3. napján kelt kiegészítő tájékoztatáskérés tartalmának megismerését követően nem jutott új információ birtokába, ezért a tudomásszerzés időpontja a 2. sz. módosításról szóló tájékoztató hirdetmény TED felületre történő feladásának napja, 2020. augusztus 11. napja.

35. Érdemi észrevételében kérte a jogsértés hiányának megállapítását. Hivatkozott arra, hogy a kezdeményező értelmezésével ellentétben a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont nem tartalmaz olyan jellegű megszorítást, miszerint a módosítás – egyéb feltételek fennállása mellett – abban az esetben jogszerű, amennyiben az a szerződés teljesítéséhez szükséges.

36. Az ajánlatkérő a továbbiakban bemutatta azokat az előre nem látható körülményeket, melyek a 2. sz. módosítás aláírásához vezettek.

Előadta, hogy a tőle elvárható módon járt el annak érdekében, hogy az eredetileg 2020. július 31. napján lejáró betegélelmezési szerződés hatályának megszűnéséig újabb, közbeszerzési eljárás alapján kötött szerződést tudjon kötni betegélelmezés tárgyában. Ennek érdekében 2019 őszén megkezdte az újabb közbeszerzési eljárás előkészítését és 2019 novemberében elindította a szükséges engedélyek megszerzése érdekében az ellenőrzési folyamatot (27/2015. (II.25.) Korm. rendelet szerinti ellenőrzés - ÁEEK, 321/2015. (X.30.) szerinti folyamatba épített ellenőrzés – KÖF) amely 3,5 hónapot vett igénybe.

A felhívás 2020. március 26-i megjelenését követően, 2020. áprilisában születtek meg azon EMMI utasítások, amelyek alapján ajánlatkérőnek ágyfelszabadításokat kellett végeznie (ld.

2. sz. melléklet), amelyek a szokásos, az eljárás indítását megelőzően kalkulált beteglétszám radikális csökkenéséhez vezettek. A betegélelmezési napok száma ennek megfelelően pl. a márciusi 14337,40-ról áprilisban közel 40%-kal, 8942,85 napra csökkent. E körülménnyel kapcsolatban érkezett a folyamatban levő közbeszerzési eljárásban a kiegészítő tájékoztatáskérés.

37. Az ajánlatkérő rámutatott, hogy a betegélelmezési napok számának jelentős csökkenése miatt az alábbi választási lehetőségeket vette számba.

38. A felhívás módosítására nem volt jogszerű lehetősége, mivel nem álltak rendelkezésére olyan adatok, melyek alapulvételével a járványhelyzetre nézve kalkulálni tudta volna a betegélelmezési napok számát. Továbbá a felhívás módosítása a Kbt. 55.§ (6) bekezdésébe ütközött volna, mert ebben az esetben a felhívásban előírt referencia mennyiségi adataira vonatkozó alkalmassági követelményeket is párhuzamosan enyhítenie kellett volna ajánlatkérőnek a Kbt. 65.§ (5) bekezdésére tekintettel.

39. Az eljárás visszavonására és új közbeszerzési eljárás haladéktalan indítására (az eredeti szerződés 2020. július 31-i lejártára tekintettel) azért nem volt lehetősége, mert ebben az esetben is szükséges lett volna, hogy az ajánlatkérő 1 évre előre meg tudja határozni betegélelmezési napok számát, amely adat megadása a fenti pontban bemutatott körülmények miatt megközelítőleg sem volt lehetséges.

40. Az ajánlatkérő hangsúlyozta, hogy a fentiekben bemutatott, általa előre nem látható és nem befolyásolható körülmények miatt nem tudta a közbeszerzési eljárás felhívását módosítani és nem tudott a visszavonást követően új közbeszerzési eljárást indítani. Ezért a közbeszerzési eljárás mellőzését elkerülendő, egyetlen lehetőségként a hatályos betegélelmezési szerződés Kbt. 141.§ (4) bekezdés c) pontja alapján történő módosítása mellett döntött amelynek keretében meghosszabbította hatályos szerződés időtartamát az eredeti szerződés értékének 50%-át nem meghaladó értékben.

41. Hivatkozott továbbá arra, hogy elsősorban nem a veszélyhelyzet kihirdetése miatt került kiszámíthatatlan helyzetbe a betegélelmezési napok számát érintően, hanem a járványhelyzet előre nem látható alakulása és a 2020. áprilisi, ágyfelszabadításra vonatkozó EMMI utasítások miatt. Az ajánlatkérő mellékelte észrevételéhez 2020. április 7-én, 11-én és 15-én kelt, az Emberi Erőforrások Minisztériuma (a továbbiakban: EMMI) részéről kibocsátott utasításokat. A 2020. április 7. napján kelt, IV/3220/2020/EFFHAT ikt. számú utasítás elrendelte, hogy az egészségügyi fekvőbeteg-ellátó intézményekben a Nemzeti Egészségbiztosítási Alapkezelő által finanszírozott teljes ágykapacitás minimum 60%-át COVID-19 fertőzött betegek ellátására alkalmassá kell tenni 2020. április 15. napjáig.

A 2020. április 11. napján kelt EMMI utasítás a kórházak intenzív- és lélegeztetési kapacitásainak több lépcsőben való megemeléséről rendelkezett. Az utasításban szerepelt továbbá, hogy az összes ágynak azon 60%-ából, melyet COVID ellátásra el kellett különíteni, 20%-nak gépi lélegeztetésre alkalmassá tett ágynak kell lennie.

A 2020. április 15. napján az EMMI részéről az egészségügyi fekvőbeteg-ellátó egészségügyi szolgáltatók vezetője részére megküldött dokumentumban szerint a korábbi utasítások nem intenzív osztályos bővítésre, hanem járványügyi lélegeztetési feladatok ellátására vonatkoznak.

A Nemzeti Népegészségügyi Központ 2020. április 10. napján kelt határozatban szerepelt, hogy – egyéb egészségügyi fekvőbeteg-ellátó intézmények mellett – az ajánlatkérő is

kijelölésre került 2020. március 18. napjával, mint az új koronavírus okozta fertőzésekkel kapcsolatos megbetegedések ellátására kötelezett intézmény.

42. Előadta továbbá, hogy vitatja a kezdeményező azon álláspontját, mely szerint a 2. sz. módosítás jogszerűtlensége abban érhető tetten, hogy arra nem az eredeti szerződés teljesíthetősége érdekében volt szükség. Ezzel összefüggésben – a Kbt. 2. § (8) bekezdésére hivatkozva – előadta, hogy a közbeszerzési eljárások alapján kötött szerződések teljesítésére a Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvényt (a továbbiakban: Ptk.) kell alkalmazni a Kbt. eltérő rendelkezése hiányában. Rámutatott, hogy a Ptk. nem tartalmaz olyan rendelkezést, amely szerint egy szerződést csak az eredeti szerződésben foglalt kötelezettségek teljesíthetősége érdekében lehetne módosítani. Véleménye szerint sem a Kbt. szerződésmódosítással foglalkozó 141. §-a, sem az uniós közbeszerzési jogszabályok nem tartalmaznak olyan rendelkezést, hogy a közbeszerzési eljárás alapján kötött szerződés csak az eredeti szerződés teljesíthetősége érdekében lenne módosítható. A kezdeményező álláspontját egyértelműen cáfolja pl. a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti módosítási esetkör szabályozása, mely lehetővé teszi módosítás keretében a szerződés tárgyának kiterjesztését az eredeti szerződésben foglalt ajánlattevői kötelezettségekhez képest, azzal a korláttal, hogy ez a kiterjesztés nem vonatkozhat jelentős új elemre. Azaz nem jelentős új elemre kiterjeszhető a szerződés tárgya, ebben az esetben pedig értelemszerűen nem az eredeti szerződéses kötelezettségek valósulnak meg, azaz ezen szerződésmódosítási jogcím esetén sem követelmény, hogy arra az eredeti szerződés teljesíthetősége érdekében legyen szükség.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

43. A Döntőbizottság megállapította, hogy a kezdeményezéssel érintett közbeszerzési eljárás megindításának napja 2017. szeptember 5-e volt, ezért a Döntőbizottság a Kbt. e napon hatályos anyagi jogi rendelkezései alapján bírálta el a kezdeményezésben foglaltakat.

44. A Döntőbizottság az ajánlatkérő eljárásjogi kifogására figyelemmel – a jelenleg hatályos jogszabályi rendelkezések alapján – elsőként azt vizsgálta, hogy a kezdeményező a rendelkezésre álló határidőn belül nyújtotta-e be a kezdeményezést.

45. Az ajánlatkérő az eljárásjogi kifogás körében arra hivatkozott, hogy a kezdeményező a 2. sz. módosításról és annak körülményeiről nem a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet alapján lefolytatott hatósági ellenőrzési eljárás során tudomást, hanem jóval korábban, akkor amikor a kezdeményező Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztálya 2020. augusztus 11. napján megküldte a TED adatbázisba közzétételre a 2. sz. módosításról szóló tájékoztató hirdetményt.

46. A Döntőbizottság az eljárásjogi kifogás vizsgálata körében az alábbi jogszabályi rendelkezésekre volt figyelemmel.

A Kbt. 2. § (7) bekezdés értelmében e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi.

A Kbt. 37. § (1) bekezdés j) pont szól arról, hogy az ajánlatkérő hirdetmény útján köteles közzétenni a szerződés módosításáról szóló tájékoztatót.

A Kbt. 37. § (5) bekezdés alapján az ajánlatkérő a szerződés módosításáról legkésőbb a szerződés módosításától számított öt munkanapon belül köteles az (1) bekezdés j) pontja szerinti tájékoztatót tartalmazó hirdetményt megküldeni közzétételre.

A Kbt. 37. § (6) bekezdés szerint az ajánlatkérőnek a hirdetményeket külön jogszabályban meghatározott elektronikus úton és módon kell megküldenie közzétételre a Közbeszerzési Hatóságnak. Az ajánlatkérő az e törvény szerinti hirdetményeket a külön jogszabályban meghatározott minta szerint köteles közzétenni. Az alkalmazandó hirdetménymintákra, kötelező tartalmi elemeikre és a hirdetmények megküldésére, ellenőrzésére és az ellenőrzés díjára, feladására, valamint közzétételének rendjére vonatkozó részletes szabályokat külön jogszabály tartalmazza. A hirdetmény-ellenőrzési díj igazgatási szolgáltatási díjnak minősül. A díjat a Közbeszerzési Hatóság köteles alaptevékenysége körében a működésre fordítani.

A Kbt. 148. § (1) bekezdés szerint a Döntőbizottság eljárása kérelemre vagy hivatalból indul. A Kbt. 152. § (1) bekezdés alapján a 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) bekezdés szól arról, hogy a Döntőbizottság hivatalból való eljárását az (1) bekezdés a) pont szerinti személy vagy szervezet a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napon belül, de

a) legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül kezdeményezheti.

A Kbt. 152. § (9) bekezdés alapján a Kbt. 187. § (2) bekezdés j) pont szerinti ellenőrzés esetén a (2) bekezdés szerinti határidő számításakor a jogsértés tudomásra jutása időpontjának az ellenőrzési jegyzőkönyv kézbesítését kell tekinteni.

A Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pont értelmében 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. 153. § (4) bekezdés alapján 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 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 1. § (1) bekezdése rendelkezik arról, hogy e rendeletet a 2. § 1. pontja szerinti szerződések teljesítésének és módosításának jogi, műszaki és szakmai szempontú ellenőrzésére kell alkalmazni.

A 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 10. § (1) bekezdés értelmében a Hatóság az ellenőrzés eredményéről a Kbt. 189/A. §-a szerinti ügyintézési határidőben jegyzőkönyvet készít.

A 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 10. § (1) bekezdés alapján a Hatóság az ellenőrzés eredményéről a Kbt. 189/A. §-a szerinti ügyintézési határidőben jegyzőkönyvet készít.

A 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 12. § szól arról, hogy a közbeszerzési szerződések módosításának ellenőrzésére e rendelet 3-7. alcímének szabályait kell megfelelően alkalmazni azzal, hogy a szerződés módosításáról szóló tájékoztató hirdetmény közbeszerzési jogi szempontú ellenőrzését a Hatóság a tájékoztató hozzá való beérkezését követően minden tájékoztató esetében haladéktalanul elvégzi [Kbt. 37. § (1) bekezdés j) pont].

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 1. § (1) bekezdés értelmében az Európai Unió Hivatalos Lapja kiegészítésében (Tenders Electronic Daily), a hirdetmények elektronikus napilapjában (a továbbiakban: TED) kell közzétenni az e rendelet 26-32. §-ában meghatározott hirdetményeket.

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 1. § (3) bekezdése szerint a Hatóság ellenőrzi a hirdetményeket, amennyiben az ellenőrzés kötelező vagy az ajánlatkérő azt kéri. Erre irányuló

kérelem esetén a Hatóság ellenőrzi az ajánlatkérő által összeállított, a közbeszerzési eljárás megindításához szükséges egyéb közbeszerzési dokumentumokat (a továbbiakban: közbeszerzési dokumentumok) is.

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 6. § (5) bekezdés alapján a kérelemhez mellékelni kell

- a) a közzétenni kívánt hirdetményt,
- b) a 9. § (1) bekezdés szerinti esetben a minőségellenőrzési tanúsítványt,
- c) a 9. § (4) bekezdés szerinti dokumentumot, valamint
- d) a közbeszerzési dokumentumokat, ha a kérelmező a közbeszerzési dokumentumok ellenőrzését is kéri, feltéve, hogy a Kbt. szerint ajánlatkérőnek az érintett közbeszerzési dokumentumokat az eljárást megindító felhívás közzétételétől rendelkezésre kell bocsátania.

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 6. § (6) bekezdés szerint a kérelemnek tartalmaznia kell

- a) az ajánlatkérők nyilvántartásában az ajánlatkérőt megjelölő azonosító számot, feltéve, hogy az ajánlatkérő ilyen azonosító számmal rendelkezik;
- b) azt, hogy az ajánlatkérő a Kbt. mely rendelkezése alapján tartozik annak a hatálya alá, ideértve a Kbt. 5. § (4) bekezdése szerinti önkéntes vagy szerződésben vállalt kötelezettség, illetve jogszabály kötelezése alapján történő alkalmazás esetét is;
- c) azt, hogy az ajánlatkérő a Kbt. mely része, illetve fejezete szerinti eljárást alkalmazza;
- d) az adott közbeszerzés forintban kifejezett becsült értékét, szükség szerint utalva a Kbt. 19. § (3) bekezdésére;
- e) annak megjelölését, hogy a kérelem az Értesítőben vagy a TED-en történő közzétételt kezdeményezi;
- f) ha a kérelmező olyan hirdetmény közzétételét kéri az Értesítőben vagy a TED-en, amelynek közzététele a Kbt. szerint nem kötelező, ezt a körülményt is;
- g) ha a kérelmező a közbeszerzési eljárás megkezdéséhez szükséges közbeszerzési dokumentumok Hatóság általi ellenőrzését kéri, az erre való utalást és az ellenőrizni kért közbeszerzési dokumentumok megnevezését;
- h) a kérelem és a hirdetmény, illetve a közbeszerzési dokumentumok megküldésének napját;
- i) ha a hirdetmény ellenőrzése nem kötelező, akkor annak közlését, hogy a kérelmező kéri vagy nem kéri a hirdetmény ellenőrzését;
- j) ha a hirdetmény ellenőrzése kötelező, vagy azt a kérelmező kéri, és az ellenőrzési díjjal kapcsolatban mentességre jogosult, ennek közlését;
- k) a Kbt. 75. § (4) bekezdése alapján, ha a Kbt. 41/C. § (1) bekezdésében foglalt valamely ok miatt az ajánlatok bontására nem az EKR-ben kerül sor, az eljárást megindító hirdetmény esetén a rendelkezésre álló fedezet összegét.

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 9. § (4) bekezdése szól arról, hogy a szerződés módosításáról szóló tájékoztatót tartalmazó hirdetmények ellenőrzése kötelező, kivéve ha a kérelmező csatolja kérelméhez a külön jogszabály alapján az uniós támogatásból megvalósuló közbeszerzések közbeszerzési jogi minőségellenőrzéséért felelős szervezet által kiállított, a szerződésmódosítás jogszerűségével kapcsolatos megállapításokat tartalmazó dokumentumot.

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 10. § (1) bekezdés szerint a Hatóság a hirdetmény közzétételére irányuló kérelmet először abból a szempontból vizsgálja meg, hogy az megfelel-e a 6. § (2) és (3) bekezdése szerinti követelményeknek. Ha a kérelem és mellékletei nem felelnek meg a 6. § (2) vagy (3) bekezdése szerinti követelményeknek, a Hatóság a kérelem beérkezésétől számított két munkanapon belül elektronikus úton felhívja az ajánlatkérőt a dokumentum ismételt benyújtására.

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 10. § (5) bekezdés c) pont rendelkezik arról, hogy ha a hirdetmény ellenőrzése a 9. § (1)-(4) bekezdése szerint kötelező, vagy a kérelemben a kérelmező úgy nyilatkozott, hogy kéri a hirdetmény, illetve a közbeszerzési dokumentumok ellenőrzését, akkor a Hatóság a (8) bekezdés és a 11. § szerint jár el.

A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 10. § (8) bekezdés értelmében a Hatóság az (5) bekezdés c) pontjában foglalt esetben a kérelmet és a hirdetményt, illetve erre irányuló kérelem esetén a közbeszerzési dokumentumokat a megküldésétől számított két munkanapon belül az alábbi szempontok szerint is ellenőrzi:

- a) a kérelem tartalmazza-e a 6. § (6) bekezdésében foglaltakat;
- b) a 6. § (6) bekezdés j) pontja szerinti, az ellenőrzési díjjal kapcsolatban mentességre való jogosultság megalapozottságát;
- c) az ellenőrzési díj jóváírásra került-e a 13. § (3) bekezdése szerinti számlán;
- d) a hirdetmény, illetve a közbeszerzési dokumentum megfelel-e a közbeszerzésekkel kapcsolatos jogszabályoknak;
- e) ha a Kbt. a hirdetmény megküldésére határidőt határoz meg, a hirdetmény megküldésére sor került-e a határidőn belül.

A 11. § a hiánypótlás szabályai rendelkezik arra az esetre, ha a Hatóság megállapítja, hogy a kérelem vagy a hirdetmény, illetve az ellenőrzött közbeszerzési dokumentum nem felel meg a 10. § (8) bekezdés a)-e) pontjának valamelyikében foglaltaknak.

47. A Döntőbizottság a fent hivatkozott jogszabályhelyekre tekintettel rögzíti, hogy a kezdeményező Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztálya a hirdetményellenőrzési eljárás során azt vizsgálja, hogy az adott hirdetmény megfelel-e a 44/2015. (XI. 2.) MvM rendeletben foglalt előírásoknak. Tehát a Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztály nem a szerződésmódosítást magát, hanem az erről feladott hirdetmény jogszabályoknak való megfelelőségét vizsgálja. A rendelet 10. § (1) bekezdése egyértelműen tartalmazza, hogy a Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztálynak először azt kell vizsgálnia, hogy a hirdetmény megfelel-e a 6. § (2) és (3) bekezdés szerinti követelményeknek, ezt követően pedig – amennyiben a hirdetmény ellenőrzése kötelező vagy azt a kérelmező kéri – a rendelet 10. § (8) bekezdésében meghatározott szempontok szerinti ellenőrzés elvégzésére jogosult. A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet alapján a Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztály feladata az, hogy megállapítsa, a hirdetmények megfelelnek-e a rendelet fent hivatkozott §-aiban foglalt szempontoknak. A 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet nem tartalmaz arra vonatkozó előírást, hogy a Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztály feladata az, hogy a szerződésmódosításról szóló hirdetményben szereplő indokokat abból a szempontból is meg kell vizsgálnia, hogy azok megfelelnek-e a Kbt. 141. § szerinti jogcímek valamelyikének.

48. A Döntőbizottság rámutat továbbá, hogy a 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 1. § (3) bekezdés alapján – és kizárólag erre irányuló kérelem esetén – a Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztály hatásköre arra terjed ki, hogy a közbeszerzési eljárás megindításához szükséges egyéb közbeszerzési dokumentumokat ellenőrizze, a rendelet nem rendelkezik a szerződésmódosítás jogszerűségét alátámasztó dokumentumok megküldésére vonatkozó kötelezettségről. A fentiek mellett megállapítható, hogy az ajánlatkérő a szerződésmódosításról szóló hirdetmény ellenőrzésre való megküldésekor nem mellékelte a 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 9. § (4) bekezdés szerinti, minőségellenőrzéséért felelős szervezet által kiállított, a szerződésmódosítás jogszerűségével kapcsolatos megállapításokat tartalmazó dokumentumot sem, mivel a beszerzés nem támogatásból valósult meg.

A fentiek szerint a Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztály a szerződésmódosításra vonatkozó hirdetmények ellenőrzése során nem rendelkezik olyan dokumentumokkal, amelyek alapján megállapítható volna a szerződésmódosítás Kbt. 141. § szerinti esetkörök valamelyikének való megfelelősége. Ez is azt igazolja, hogy a Hirdetménykezelési és Statisztikai Főosztály feladata a hirdetmények megfelelőségének és nem a szerződésmódosítás jogszerűségének ellenőrzése.

49. A Döntőbizottság emellett rámutat arra, hogy a Kbt. 152. § (9) bekezdés egyértelmű rendelkezést tartalmaz arra vonatkozóan, hogy a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti ellenőrzés esetén a (2) bekezdése szerinti határidő számításakor a jogsértés tudomásra jutása időpontjának az ellenőrzési jegyzőkönyv kézbesítését kell tekinteni.

A Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pont értelmében 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. 153. § (4) bekezdés alapján 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.

50. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló dokumentumok alapján megállapította, hogy a kezdeményező 2021. március 23. napján zárta le a hatósági ellenőrzést. E naptól számítva 60 nap állt a kezdeményező rendelkezésére, hogy kezdeményezze a Döntőbizottság hivatalból eljárásának megindítását. Tényként megállapítható, hogy 2021. március 23. napjától számítva a 60 napos szubjektív határidő 2021. május 22. napján járt le, így a 2021. május 18. napján benyújtott kezdeményezés nem tekinthető elkésztettnek.

51. A fentiek mellett a Döntőbizottság rámutat, hogy helyt adott a kezdeményező arra vonatkozó előadásának, mely szerint a jelen jogorvoslati eljáráshoz kapcsolódó hatósági ellenőrzési eljárás megindítására és lefolytatására, továbbá a kezdeményezés benyújtására 2019. január 1. napja után került sor, erre tekintettel az ajánlatkérő által hivatkozott 9/2020. (V. 28.) AB határozat alapjául szolgáló tényállás – annak különbözőségére figyelemmel – nem tekinthető relevánsnak. A szubjektív határidőre a kezdeményező vonatkozásában – az ajánlatkérő okfejtésével ellentétben – a 2019. január 1-jét követően megindított hatósági ellenőrzési eljárások tekintetében a Kbt. 153. § (4) bekezdésében foglaltak az irányadók, ezért a kezdeményezés nem elkésztett.

52. A fentiek alapján a felperes részéről megjelölt, a kezdeményező jogsértésről való tudomásszerzésével kapcsolatos eljárás kifogás alaptalan. A Döntőbizottság a rögzíti, hogy a kezdeményezésben foglaltak vizsgálatának nincs eljárásjogi akadálya, így érdemben megvizsgálta a kezdeményezést.

53. A Döntőbizottságnak az ügy érdemét illetően abban a kérdésben kellett döntést hoznia, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett részéről 2020. július 31. napján aláírt 2. sz. módosítás megfelel-e a Kbt.-ben meghatározott feltételrendszernek.

54. E körben az irányadó jogszabályi rendelkezések a következőket mondják ki.

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

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

c) a következő feltételek együttes teljesülése esetén:

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

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

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

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

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

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

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

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

55. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a kezdeményezéssel érintett 2. sz. módosítást 2020. július 31. napján írták alá. A módosítás értelmében a vállalkozási szerződés értéke 50%-kal (nettó 271.231.500.-Ft-tal) emelkedett, míg az eredetileg 24 hónapban meghatározott teljesítési határidő 255 nappal bővült. A felek a 2. sz. módosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját jelölték meg, indokaként azt adták elő, hogy az ajánlatkérő nem számolhatott a kialakult vis maior helyzet miatti COVID-19 járvánnyal kapcsolatos kiegészítő tájékoztatáskéréssel. A 2. sz. módosításról szóló 2020/S 157-384044 számú tájékoztató hirdetményben az ajánlatkérő azt állította, kellő körültekintés mellett sem számolhatott a kialakult vis maior helyzet miatti COVID-19 járvánnyal kapcsolatos kiegészítő tájékoztatáskéréssel.

56. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló közbeszerzési dokumentumok, a 2. sz. módosításról feladott tájékoztató hirdetmény, az ajánlatkérő részéről megküldött EMMI utasítások, és az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás során megtett nyilatkozatában foglaltak alapján megállapította, hogy az 2. sz. módosításhoz vezető események láncolata az alábbiak szerint alakult.

Az ajánlatkérő a 2017. szeptember 5. napján, a 2017/S 172-352980. iktatószámú felhívással megindított közbeszerzési eljárás eredményeként 2018. január 31. napján kötött 24 hónapra szóló, élelmezési tárgyú szerződést a kérelmezettel nettó 542.463.000.-Ft értékben, melyet az 1. sz. módosítás keretében nettó 50.343.300.-Ft-tal emeltek meg.

Az ajánlatkérő a később visszavont közbeszerzési eljárást 2020. március 24. napján indította meg a 2020/S 061-146438 számú felhívással.

A jelen határozat 41. pontjában bemutatott – ágyszámfelszabadítással kapcsolatos – EMMI utasításokat 2020. április 7-15. közötti időpontban ismerte meg az ajánlatkérő.

A 2020/S 061-146438 számú felhívással megindított közbeszerzési eljárásban június 3. napján érkezett meg az a kiegészítő tájékoztatáskérés, amely – többek között – az alábbi kérdést tartalmazta: „A Covid 19 vírus terjedését megakadályozó intézkedések következtében a beteglétszám 2020. március 17-től nagymértékben lecsökkent. Jelenleg a 2019. évi átlag létszám 61%-a. Információink szerint a beteglétszám a fokozatos feltöltés után sem fogja elérni a 2019. évi átlag létszámot. Kérdések: 1. Kérjük kiegészítő tájékoztatásukat arra vonatkozóan, hogy mikorra várható a beteglétszám feltöltése és milyen ütemben? 2. Milyen napi átlag létszámmal számoljunk az árajánlat elkészítésénél? 3. Amennyiben a megadott létszám/élelmezési nap még sem teljesül, milyen formában és mértékben tervezi Ajánlatkérő kompenzálni az eltérést?”

Az ajánlatkérő a 2020/S 114-277484 számon, 2020. június 15. napján közzétett hirdetményben adott tájékoztatást arról, hogy a Kbt. 53. § (1)-(2) bekezdés alapján visszavonta a 2020/S 061-146438 számú felhívással megindított közbeszerzési eljárást.

Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2020. július 31. napján írták alá a 2. sz. módosítást.

57. A jelen határozat 54. pontjában hivatkozott jogszabályhelyekre figyelemmel a Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. szerződésmódosításról szóló 141. §-a nem a szerződésmódosítás korlátait rögzíti, hanem azokat a jogalapokat, amelyek fennállása esetén a szerződés jogszerűen módosítható. A Döntőbizottság gyakorlata egységes abban, hogy a Kbt.-ben meghatározott jogalapok fennállta ténykérdés, az nem függ attól, hogy az ajánlatkérő azt helyesen állapítja-e meg. Amennyiben a szerződés jogszerű módosításának bármelyik, Kbt. szerint jogcíme fennáll, úgy a szerződés módosítása nem tekinthető jogszerűtlennek.

A fentiek alapján a Döntőbizottságnak jelen esetben azt kellett vizsgálnia, hogy jogszerűnek tekinthető-e a kezdeményezéssel érintett szerződésmódosítás.

58. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 4. § (1) bekezdés alapján az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek beszerzésüket közbeszerzési eljárás útján kötelesek megvalósítani, különösen a Kbt. 4. § (1) bekezdéséből és a Kbt. 141. § (4) bekezdés felvezető mondatából következően minden beszerzés előtt, így a szerződés módosítása útján megvalósult beszerzést megelőzően is, közbeszerzési eljárás lefolytatása kötelező.

A Kbt. a közbeszerzési eljárás mellőzésével, jogszerűen megvalósított szerződésmódosítást kivételes esetekben teszi lehetővé. A szerződésmódosításról szóló Kbt. 141. § nem a szerződésmódosítás korlátait rögzíti, hanem azokat a jogalapokat sorolja, amelyek fennállása esetén a szerződés közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül, jogszerűen módosítható. A Döntőbizottság gyakorlata egységes abban, hogy a Kbt.-ben meghatározott jogalapok fennállta ténykérdés, az nem függ attól, hogy az ajánlatkérő azt helyesen állapítja-e meg. Amennyiben a szerződés jogszerű módosításának bármelyik, Kbt. szerint jogcíme fennáll, úgy a szerződés módosítása nem tekinthető jogszerűtlennek.

59. A fentiekben hivatkozott jogszabályhelyek alapján a Kbt. 141. § alapvetően három főbb csoportban szabályozza a szerződésmódosítási lehetőségeket.

A Kbt. 141. § (6) bekezdés szerint a közbeszerzési szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül abban az esetben módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A következőes döntőbizottsági gyakorlat szerint mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg.

A Kbt. 141. § (2) bekezdés szerinti „de minimis” jogalap, amely a Kbt. 141. § (3) bekezdése szerint abban az esetben szolgálhat a szerződésmódosítás jogszerű indokaként, amennyiben az a szerződés értékének változásával jár.

A Kbt. 141. § (4) bekezdése pedig további három esetkört tartalmaz, amikor a felek meghatározott körülmények fennállása esetén újabb közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül módosíthatják a szerződést.

60. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a kezdeményezéssel érintett 2. sz. módosítást 2020. július 31. napján írták alá. A módosítás értelmében a vállalkozási szerződés értéke 50%-kal emelkedett, míg a teljesítési határidő 255 nappal bővült. A felek a 2. sz. módosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját jelölték meg, indokaként azt adták elő, hogy az ajánlatkérő nem számolhatott a kialakult vis maior helyzet miatti COVID-19 járvánnyal kapcsolatos kiegészítő tájékoztatáskéréssel.

61. A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a 2. sz. módosítás jogalapjaként nem alkalmazhatta jogszerűen a Kbt. 141. § (2) bekezdés szerinti jogcímet, ugyanis a 2. sz. módosítás nem kizárólag a szerződéses érték megváltozását eredményezte, hanem a teljesítési határidő is meghosszabbításra került.

62. A Döntőbizottság ezt követően az 2. sz. módosítás lényeges minősége kérdésében foglalt állást.

63. A Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata szerint a szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 50. § (2) bekezdés g) pontja a szerződés időtartamát, a teljesítési határidőt olyan lényeges érdemi feltételnek minősíti, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni kell. Amennyiben a teljesítési határidő másképp került volna meghatározásra, az ajánlatkérő másféle ajánlattevői kört is felhívhatott volna, illetve nem kizárható, hogy a teljesítési

határidő hossza az ajánlati árakat befolyásolta. A Döntőbizottság álláspontja szerint a jelen esetben nincs helye a Kbt. 141. § (6) bekezdése alkalmazásának a 2. sz. módosítás körében, tekintettel arra, hogy az eredeti 24 hónapos teljesítési időtartam további 255 nappal való meghosszabbítása az alapszerződéshez képest lényegesen eltérő érdemi feltételt eredményezett.

64. Mivel a módosítást a fentiek szerint lényegesnek kell tekinteni, a Döntőbizottság megvizsgálta, hogy a szerződésmódosítás egyébként mely, a Kbt. ezt lehetővé tevő rendelkezésének felel meg.

65. A Döntőbizottság előjáróban rögzíti, hogy jelen esetben a 2. sz. módosítás jogalapjául nem szolgálhatott a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja, ugyanis a vállalkozási szerződés nem rögzítette az egyes tartalmi elemek későbbi változásának feltételeit és tartalmát.

66. A Döntőbizottság rámutat arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés b) pont szerinti jogalap jogszerű alkalmazását lehetővé tevő konjunktív feltételek szűken értelmezendők. A Kbt. 141. § (4) bekezdés b) pont szerinti szerződésmódosítási lehetőség azokra a szűk körű, jellemzően valamely speciális technológia alkalmazásával járó esetekre vonatkozik, amikor gazdasági vagy műszaki okból nem létezik alternatíva az ajánlatkérő számára, mint az eredeti szerződő féllel való szerződés. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok vizsgálata alapján megállapította, hogy jelen esetben a 2. sz. módosítással érintett élelmezési tárgyú vállalkozási szerződés szerinti feladatok nem olyan jellegűek, melyek speciális technológia alkalmazását igényelnék, továbbá vonatkozásukban nem áll fenn olyan gazdasági vagy műszaki körülmény, amely miatt csak és kizárólag az eredeti nyertes ajánlattevő volna képes teljesíteni az élelmezési feladatokat.

A fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a Kbt. 141. § (4) bekezdés b) szerinti jogalapot sem alkalmazhatták jogszerűen a szerződésmódosításra.

67. A 2. sz. módosítás kapcsán az ajánlatkérő arra hivatkozott, hogy a szerződésmódosítás a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont alapján jogszerűnek tekinthető, a kezdeményező azonban vitatta a jogszabály szerinti konjunktív feltételek közül a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltétel fennállását.

68. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti jogalap abban az esetben alkalmazható jogszerűen, amennyiben az alábbi feltételek együttesen teljesülnek:

1. a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre,
2. a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét,
3. az ellenérték növekedése nem haladja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át.

Ezen konjunktív feltételek közül bármelyik feltétel nem teljesülése megdönti a szerződésmódosítás jogszerűségét, így a Döntőbizottság külön vizsgálta azok fennállását.

69. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti esetben tehát első lépésként az előreláthatóságra vonatkozó feltétel vizsgálendő, amely tekintetében a hatályon kívül helyezett 2011. évi Kbt. 94. § (3) bekezdés a) pont szerinti jogcímre alapozott hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárással kapcsolatban kialakult joggyakorlat irányadónak tekintendő. Ennek megfelelően az előre nem láthatóság követelménye alapvetően akkor valósul meg, ha a szerződés módosítását indokoló körülmény jövőbeli bekövetkezéséről az ajánlatkérőnek nem lehetett előzetesen tudomása, és arra az ajánlatkérő a legnagyobb gondosság mellett a

beszerzés körülményeinek ismeretében nem is számíthatott. Hangsúlyozandó, hogy a Döntőbizottság gyakorlata egységes abban, hogy adott körülmény előre nem láthatóságát nem alapozza meg az ajánlatkérő mulasztása, valamint a tervezés hibája sem.

A Döntőbizottság kiemeli továbbá, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján a szerződés jogszerű módosításához igazolni kell azt is, hogy az adott körülmény bekövetkezésével az ajánlatkérő – kellő előrelátás mellett – nem számolhatott.

70. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok vizsgálata alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett úgy módosította a köztük fennálló vállalkozási szerződést, hogy annak Kbt.-ben meghatározott konjunktív feltételei közül a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pont szerinti nem állt fenn.

71. Az ajánlatkérő álláspontja a tárgyi esetben az, hogy a 2. sz. módosítás azon oknál fogva volt jogszerű, mivel nem számolhatott a 2020. június 3. napján feltett, COVID-19 járvánnyal kapcsolatos kiegészítő tájékoztatáskéréssel. Emellett hivatkozott arra, hogy a felhívást azért nem tudta módosítani, illetve visszavonni és új közbeszerzési eljárást indítani, mert nem állt rendelkezésére olyan adat, melynek alapulvételével kalkulálni tudta volna a betegélelmezési napok számát. Észrevételében rámutatott, hogy a 2020. április 7. napján kelt, IV/3220/2020/EFFHAT ikt. számú EMMI utasítás elrendelte, hogy az egészségügyi fekvőbeteg-ellátó intézményekben a Nemzeti Egészségbiztosítási Alapkezelő által finanszírozott teljes ágykapacitás minimum 60%-át COVID-19 fertőzött betegek ellátásra alkalmassá kell tenni 2020. április 15. napjáig.

72. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő a később visszavont közbeszerzési eljárását a veszélyhelyzet 2020. március 11. napi kihirdetését követően indította meg (40/2020. (III. 11.) Korm. rendelettel kihirdetve) és április első felében – az EMMI utasítások révén – már tudomással bírt arról, hogy ágykapacitás minimum 60%-át fel kell szabadítani 2020. április 15-ig. Az ajánlatkérő már e két körülmény alapján abban a helyzetben volt, hogy felismerje: a 2020. március 24. napján megindított közbeszerzési eljárásban meghatározott élelmezési napok számát – gondos eljárást feltételezve – módosítani szükséges. Az ajánlatkérőnek emellett arra is lehetősége lett volna, hogy a közbeszerzési eljárást a Kbt. 53. § (1) bekezdés szerint visszavonja, ugyanis az ajánlattételi határidő 2020. április 30. napján 12:00 órakor járt le. A rendelkezésre álló iratok alapján megállapítható, hogy az ajánlatkérő 2020. április első felétől 2020. június 3. napjáig terjedő időszakban, amikor megérkezett a kiegészítő tájékoztatáskérés nem tett lépéseket annak érdekében, hogy a 2020/S 061-146438 számú felhívással megindított közbeszerzési eljárás feltételeit az időközben megváltozott körülményekhez igazítsa. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő mind a veszélyhelyzeti jogalkotás, mind az EMMI utasítások ismeretében számolhatott – és gondos eljárás esetén számolnia is kellett volna – azzal, hogy a közbeszerzési eljárásban kiegészítő tájékoztatáskérés érkezhessen az élelmezési napok számát illetően. Ez az esemény a körülmények ismeretében nem tekinthető váratlannak. A veszélyhelyzet ekkor már majdnem két hónapja kihirdetésre került, széles körben ismertek voltak a megváltozott körülmények. A kiegészítő tájékoztatáskérés 2020. június 3. napján nem egy nem egy hirtelen, váratlanul, nem előre látható módon bekövetkező helyzetben érkezett, hanem egy majdnem két hónapja óta tartó – járványügyi intézkedésekkel megtűzdelt – folyamat során. A Döntőbizottság a fentiekre tekintettel rögzíti, hogy a 2020. június 3. napján kelt kiegészítő tájékoztatáskérés nem tekinthető a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpont szerinti olyan előre nem látható körülménynek, melyre az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem számíthatott. A kezdeményező helytálló módon hivatkozott arra, hogy az ajánlatkérőtől kellő gondosság mellett elvárható lett volna, hogy az új közbeszerzési eljárás megindítását követően kezelje

azon új körülményt, miszerint a veszélyhelyzet kihirdetése miatt valószínűsíthető a műszaki tartalom módosításának szükségessége.

73. A Döntőbizottság rögzíti továbbá, hogy nem foghat helyt az ajánlatkérő arra vonatkozó előadása, mely szerint a felhívás módosítására azért nem volt jogszerű lehetősége, mert nem álltak rendelkezésére olyan adatok, melyek alapulvételével a járványhelyzetre nézve kalkulálni tudta volna a betegélelmezési napok számát. A Döntőbizottság rámutat, hogy az EMMI utasításokban pontosan meg volt határozva, hogy a betegágyak hány %-át kell felszabadítani, emellett a kiegészítő tájékoztatáskérésben szereplők alapján maga az ajánlattevő is pontos adatokkal rendelkezett, amikor arra hivatkozott, hogy „a beteglétszám 2020. március 17-ől nagymértékben lecsökkent, jelenleg a 2019. évi átlag létszám 61%-a.”

74. A Döntőbizottság nem fogadta el továbbá az ajánlatkérő azon álláspontját sem, amely szerint a közbeszerzési szerződés Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti módosítása lehetséges és jogszerű abban esetben is, ha a módosítással beszerzett – jelen esetben – szolgáltatás egyébként nem szükséges a szerződés teljesítéséhez. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés b) és c) pontjai szerinti feltételrendszerek egyértelműen olyan helyzetekre vonatkoznak, amikor a szerződésmódosítással lehet beszerezni olyan további beszerzési tárgyakat, melyekre az eredeti szerződés teljesítése érdekében van szükség. Jogilag értelmezhetetlen volna, ha a szerződésmódosítás keretében az ajánlatkérők megvalósíthatnák olyan beszerzési tárgyak beszerzését, mely nem mutatnak összefüggést az eredeti szerződéssel, illetve nem volnának szükségesek a teljesítéshez. Amennyiben az ajánlatkérő meglátása érvényesülne a szerződésmódosítások terén, az súlyosan sértené a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát, az egyenlő bánásmódot, a jóhiszeműség és tisztesség alapelvét, valamint nem felelne meg a hatékony és felelős gazdálkodás elvének sem.

75. A Döntőbizottság rögzíti továbbá, hogy nem foghat helyt az ajánlatkérő azon előadása sem, mely szerint a kezdeményező a hatósági ellenőrzési eljárást a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 4. § alapján indította meg, így a kezdeményező nem is a 12. § szerinti szerződésmódosítást kezdeményezte vele szemben. Erre tekintettel a kezdeményező ellenőrzési hatásköre a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 1. §-ában foglalt ellenőrzési tárgyakra (jogi, műszaki és szakmai szempontú ellenőrzés) terjedhet ki, de nem terjedhetett ki a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 12. §-a szerinti közbeszerzési jogi szempontú ellenőrzésre.

A Döntőbizottság ezzel összefüggésben rámutat a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet szerződésmódosítás ellenőrzése című 12. §-ára, amely arról rendelkezik, hogy a közbeszerzési szerződések módosításának ellenőrzésére e rendelet 3-7. alcímének szabályait kell megfelelően alkalmazni. Erre tekintettel a kezdeményező jogszerűen hivatkozott a hatósági ellenőrzés során a 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 4. §-ára.

76. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2) bekezdésében meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokok alapján a Kbt. 165. § (2) bekezdés e) pontja alapján megállapította a jogsértés megtörténtét. A Döntőbizottság nem állapította meg a szerződésmódosítások Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerinti semmisségét, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő a teljesítési határidő módosításával nem mellőzte a közbeszerzést.

77. A Döntőbizottságnak a megállapított jogsértésre tekintettel további jogkövetkezményként bírságot kellett kiszabnia a Kbt. 165. § (6) bekezdésének a) pont alapján.

78. 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.

79. A Döntőbizottságnak a Kbt. 165. § (6) bekezdés a) pont alapján abban nem volt mérlegelési lehetősége, hogy bírságot szabjon-e ki. A 2. sz. módosítás jogsértő volta megállapításával összefüggésben pedig a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítéletében foglaltakra tekintettel – amelyben a Kúria elvi élel mondta ki, hogy a közbeszerzési jogsértésért való felelősség objektív, a Döntőbizottságnak nem kell vizsgálnia, hogy mely okból, vagy milyen vélekedés alapján nem kerültek betartásra a közbeszerzési szabályok – a szerződésmódosítást jogsértő módon megvalósító mindkét féllel, vagyis az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben is bírságot szabott ki, e döntésénél a Kbt. 141. § (1) bekezdése és a Kbt. 165. § (6) bekezdésében foglaltakra is tekintettel volt.

A Döntőbizottság a bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy a közbeszerzési szerződés értéke nettó 864.037.800.-Ft volt. A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a jogsértés súlyát. A Döntőbizottság tekintettel volt arra, hogy a közbeszerzési szerződés jogsértő módosítása a mellőzéssel rokon jogsértés, s így az egyik legsúlyosabb közbeszerzési jogsértésnek minősül, hisz a közbeszerzési szabályozás célja, alapelvei érvényesülésének garanciája vész el a szerződéses szakaszban. A közbeszerzés alapelveit (jelen esetben különösen a Kbt. 2. § (4) bekezdését) és célját sérti az ilyen jogsértő magatartás, hisz a közbeszerzési eljárás feltételeinek utólagos módosulásával jár, s annak jelentőségét relativizálja. A Döntőbizottság értékelte továbbá a jogsértés megtörténte és a jogorvoslati eljárás megindítása között eltelt időtartamot is. A Döntőbizottság azt is figyelembe vette, hogy a jogsértés utólag nem reparálható, ugyanakkor azt is, hogy a közbeszerzés nem támogatásból valósult meg, így a jogsértés megállapításához más szerv eljárásában szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság értékelte továbbá, hogy az adott közbeszerzés vonatkozásában az ajánlatkérővel szemben állapított meg korábban jogsértést a D.192/13/2021. számú határozatban.

A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fenti szempontok kifejezett mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott bírságot szabta ki az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben.

80. A Döntőbizottság a költségek viseléséről az Ákr. 125. §-ában foglaltakra figyelemmel rendelkezett.

81. A határozat 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. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpont szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdés b) pont alapján kötelező. A kereseti kérelem elektronikus úton történő benyújtása az elektronikus ügyintézés és a bizalmi szolgáltatások általános szabályairól szóló 2015. évi CCXXII. törvény 9. § (1) bekezdése és a polgári perrendtartásról szóló 2016. évi CXXX. törvény 608. § (1) bekezdése alapján kötelező.

Budapest, 2021. augusztus 4.

Dr. Petró Szilvia sk
közbeszerzési biztos
az eljáró tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk
közbeszerzési biztos

Dr. Andriska Szilvia sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Dr. Bakos Balázs akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó - Közbeszerzési Hatóság Elnöke (KRID: 341768375)
2. Dr. Csók István Áron felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó - TriCSÓK Tanácsadó és Szolgáltató Zrt. (KRID: 23000946)
3. P. DUSSMANN Szolgáltató Kft. (KRID: 10591345)
4. Közbeszerzési Hatóság (kizárólag elektronikus úton)
5. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)