



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.406/12/2021.

A tanács tagjai: Dr. Schaller Emil közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Gusztávné közbeszerzési biztos, Dr. Szathmári Réka közbeszerzési biztos

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

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Simon Enikő felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

Az ajánlatkérő: Lajoskomáromi Tejtermelő Kft.
(Lajoskomárom, 062/44 hrsz.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Dóka Zsolt, ügyvéd
(Szentendre, Széchenyi tér 35. I/6.)

A kérelmezett: Dairy-Ép Kft.
(Veresegyház, 062/44 hrsz.)

A beszerzés tárgya, értéke: „VP-3-4.2.1-15 Lajoskomáromi Tejfeldolgozó Kft. sajtüzem technológia beszerzése - 1. rész: Érlelő technológia (Fixen telepített)”, 96.416.150- Ft

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

H A T Á R O Z A T – o t.

A Döntőbizottság az első és a második kezdeményezési elem tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontját.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 500.000 -Ft, azaz ötszázezer forint, a kérelmezettel szemben 500.000 -Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

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

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható, a határozat kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet a Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell

elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya. 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 „VP-3-4.2.1-15 Lajoskomáromi Tejfeldolgozó Kft. sajtüzem technológia beszerzése” tárgyban, a Kbt. Harmadik Rész 113. §-a alapján az ajánlattételi felhívás közvetlen megküldésével, a nemzeti eljárásrendben irányadó szabályainak alkalmazásával 2018. november 4. napján közbeszerzési eljárást indított. A jogorvoslati eljárásban a tárgyi közbeszerzés 1. része bír relevanciával, amely megnevezése és tárgya, „Érlelő technológia (Fixen telepített)”.

2. A felhívás II.1.7) pontja szerint az ajánlatkérő biztosította a részajánlattétel lehetőségét.

3. A felhívás II.2.4) pontja a közbeszerzés mennyiségét a tárgyi közbeszerzés 1. része tekintetében az alábbiak szerint határozta meg.

1. rész: Érlelő technológia (Fixen telepített)

Érlelő technológia 1 db
Energia megtakarító egység 1 db
Távfelügyelet 1 db

A 321/2015. (X. 30.) Korm. rendelet 46. § (3) bekezdésében foglaltakra tekintettel az ajánlatkérő felhívta a figyelmet, hogy valamennyi, az ajánlattételi felhívásban és közbeszerzési dokumentumokban meghatározott gyártmányú vagy eredetű dologra, illetve konkrét eljárásra, amely egy adott gazdasági szereplő termékeit vagy az általa nyújtott szolgáltatásokat jellemzi, vagy védjegyre, szabadalomra, tevékenységre, személyre, típusra vagy adott származásra vagy gyártási folyamatra vonatkozó hivatkozás csak a szerződés tárgyának kellően pontos és érthető leírását szolgálja azzal, hogy ezek tekintetében az ajánlatkérő elfogad azzal/azokkal egyenértékű dologra, eljárásra, védjegyre, szabadalomra, tevékenységre, személyre, típusra vagy adott származásra vagy gyártási folyamatra vonatkozó ajánlatot is. Az előbbieket szerinti egyenértékű dologra, eljárásra, védjegyre, szabadalomra, tevékenységre, személyre, típusra vagy adott származásra vagy gyártási folyamatra vonatkozó ajánlat esetén az egyenértékűséget - kétség esetén – az ajánlattevőnek igazolnia kell.

A megfelelést, illetve az egyenértékűséget különösen a gyártótól származó nyilatkozattal, vagy független, szakmailag elismert szervezettől származó hiteles minőségi tanúsítvánnyal kell igazolni.

Az ajánlatkérő előírta, hogy kizárólag olyan eszköz/gép/berendezés ajánlható meg, amely megfelel a vonatkozó európai irányelveknek, illetve az azokat harmonizáló magyar jogszabályi előírásoknak, szabványoknak.

A beszerzés magában foglalja az eszközök helyszínre szállítását, a berendezések teljes körű telepítésének vezetését, rendeltetésszerű használatra alkalmas módon történő üzembe helyezését, a próbaüzem lefolytatását, amely feladatok elvégzéséhez az ajánlatkérő a szükséges segédszemélyzetet biztosítja.

A teljesítés továbbá magában foglalja az üzembe helyezési jegyzőkönyv felvételét, magyar nyelvű felhasználói kézikönyv, kezelési és karbantartási útmutató nyomtatott formában és/vagy elektronikus formában (CD-ROM) történő átadását.

4. A felhívás II.2.12) pontja szerint a közbeszerzés európai uniós alapokból finanszírozott, a projekt azonosítója VP-3-4.2.1-15. A támogatás intenzitása 50 %.

5. Az ajánlatkérő dokumentációt is készítette, melyben – többek között – rendelkezett a késedelmi kötbér tekintetében.

A késedelmi kötbér alapja az általános forgalmi adó nélkül számított ellenszolgáltatás, mértéke pedig a késedelem naptári napjaira vonatkozóan 1 %/naptári nap. 15 késedelmes naptári napot követően az ajánlatkérő a szerződést megghiúsultnak, azaz a teljesítés elmaradásának tekintheti és megilleti a szerződés felmondásának joga.

A szerződés VII.2. pontja a késedelmi kötbérrel kapcsolatban az alábbiak szerint rendelkezett
A kérelmezettet késedelmi kötbér-fizetési kötelezettség terheli.

Késedelmi kötbér: Eladót késedelmi kötbér-fizetési kötelezettség terheli. A késedelmi kötbér alapja az általános forgalmi adó nélkül számított ellenszolgáltatás, mértéke pedig a késedelem naptári napjaira vonatkozóan 1%/ naptári nap.

6. Az EKR-be feltöltött adatok szerint a közbeszerzés becsült értéke 665.073.330- Ft
A közbeszerzés 1. részének becsült értéke 96.416.150- Ft

7. A bontási jegyzőkönyv szerint az ajánlattételi határidő lejártáig, azaz 2018. november 15. napján 10:00 óráig a közbeszerzés 1. része tekintetében két ajánlattevő nyújtott be ajánlatot.

8. Az ajánlatkérő a 2018. november 20. napján, az ajánlatok elbírálásáról készített összegezés V. szakaszában az eljárást valamennyi rész tekintetében eredményessé nyilvánította, az V.2.6) pontjában a közbeszerzés 1. része tekintetében a Dairy-Ép Kft. (továbbiakban: kérelmezett) ajánlattevőt jelölte meg nyertesként.

9. Az ajánlatkérő és a kérelmezett között a közbeszerzés 1. része tekintetében 2018. december 1. napján került sor az adásvételi szerződés megkötésére.

A szerződéses érték a szerződés V.1. pontja szerint nettó 95.964.200.- Ft.

10. A szerződés teljesítésének határideje a szerződés III.1. pontja szerint 2019. június 30. napja volt.

11. A kérelmezett 2019. február 21. napján adásvételi szerződést kötött a Vinczellai Building & Trading Kft.-vel (továbbiakban: beszállító).

Az adásvételi szerződés tárgya a szerződés tárgyát képező eszköz beszerzése és beépítése.

Az adásvételi szerződés szerint a beszállító 2019. július 31. napjáig vállalta az eszközök leszállítását, légtechnikai eszközök beépítését.

12. A beszállító a 2019. május 31. napján kelt levelében az alábbiakról tájékoztatta a kérelmezettet.

[...] a gyártó nem tudja vállalni a tárgyban megjelölt párasító/gőzgenerátor berendezés legyártását és leszállítását 2019. június 30-ig. Sajnos nem tudtak pontos tájékoztatást adni a termék elérhetőségével kapcsolatosan alapanyaghiányra hivatkozva. Valószínűsíthető, hogy a beszerzés megtörténik 2019. augusztus 2-ig. [...].

13. A kérelmezett a 2019. június 3. napján kelt akadályközlésében arról tájékoztatta az ajánlatkérőt, hogy gyártói kapacitásprobléma miatt nem tudja tartani a szerződésben meghatározott határidőt, ezért kérte a teljesítési határidő 2019. augusztus 2. napjára való módosítását.

14. Az ajánlatkérő a 2019. június 5. napján kelt levelében a kérelmezett szerződésmódosítási javaslatát elfogadta.

15. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2019. június 7. napján módosították a szerződést. A szerződés 1. számú módosítása eredményeként a szerződés teljesítési határideje 2019. június 30. napjáról 2019. augusztus 2. napjára változott, a határidőn kívül más módosítást nem tartalmazott.

16. Az 1. számú szerződésmódosításról szóló, 2019. június 19. napján a KÉ-10901/2019 iktatószámom közzétett hirdetmény VI.2.2) pontjában, valamint az 1. számú szerződésmódosításban a módosítás okaként az alábbi került feltüntetésre.

„A gépek, eszközök beszerzése elhúzódott a gyártó kapacitás problémái miatt. Az Eladónak a legnagyobb gondossága és előrelátása ellenére sem volt lehetősége az előzetesen meghatározott határidő betartására a rajta kívül álló okok miatt. [...]”

A felek az 1. számú szerződésmódosítás jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalapot jelölték meg.

17. A beszállító a 2019. július 10. napján kelt levelében az alábbiakról tájékoztatta a kérelmezettet.

„[...] a Gyártó a Tárgyban megjelölt párasító/gőzgenerátor berendezés leszállítását legkésőbb 2020. január 30-ig garantálja.”

18. A kérelmezett 2019. július 12. napján kelt ismételt akadályközlésében tájékoztatta az ajánlatkérőt arról, hogy gyártói kapacitásprobléma miatt nem tudja tartani az 1. számú szerződésmódosításban meghatározott határidőt, ezért kéri a határidő 2020. január 30. napjára való módosítását.

19. Az ajánlatkérő a 2019. július 15. napján kelt levelében a kérelmezett szerződésmódosítási javaslatát elfogadta.

20. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2019. július 16. napján ismét módosították a szerződést. A szerződés 2. számú módosítása eredményeként a szerződés teljesítési határideje 2019. augusztus 2. napjáról 2020. január 30. napjára változott, egyebekben a szerződést nem módosították.

21. A 2. számú szerződésmódosításról szóló, 2019. szeptember 4. napján a KÉ-13888/2019 iktatószámom közzétett hirdetmény VI.2.2) pontjában valamint a 2. számú szerződésmódosításban a módosítás okaként az alábbi került feltüntetésre.

„A gépek, eszközök beszerzése elhúzódott a gyártó kapacitásproblémái miatt. Az Eladónak a legnagyobb gondossága és előrelátása ellenére sem volt lehetősége az előzetesen meghatározott határidő betartására a rajta kívülálló okok miatt.”

A felek a 2. számú szerződésmódosítás jogalapjaként szintén a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti jogalapot jelölték meg.

A hivatalbóli kezdeményezés és nyilatkozat

22. A Közbeszerzési Hatóság elnöke 2021. szeptember 16-án hivatalbóli jogorvoslati kezdeményezést terjesztett elő a Kbt. 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján tárgyi közbeszerzési eljárás 1. részével kapcsolatban az alábbiak szerint.

23. A hivatalbóli kezdeményezésben két kezdeményezési elemet nevezett meg, amely közül az 1. kezdeményezési elem az ajánlatkérő és a kérelmezett között létrejött 1. számú szerződésmódosítás jogszerűtlenségét, a 2. kezdeményezési elem az ajánlatkérő és a kérelmezett között létrejött 2. számú szerződésmódosítás jogszerűtlenségét állította.

24. A kezdeményezésben a kezdeményező mind a két kezdeményezési elem tekintetében rámutatott, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját azzal, hogy a szerződést úgy módosították, hogy annak Kbt.-ben meghatározott egyik konjunktív feltétele – a ca) alpont szerinti szükségesség – nem állt fenn. Más szerződésmódosítási jogalapot a felek nem jelöltek meg, egyéb jogalap fennállásának körülményeit sem igazolták.

25. A kezdeményező rögzítette, hogy mind a szerződés 1. számú módosításának, mint a 2. számú módosításának indokaként a felek a KÉ-10901/2019 iktatószámú tájékoztató hirdetmény VII.2.2) pontjában (1. számú módosítás), valamint a KÉ-13888/2019 (2. számú módosítás) a kérelmezett érdekkörében felmerült gyártói kapacitáshiányt jelölték meg.

26. A kezdeményező rámutatott arra a körülményre, hogy a kérelmezett csak a szerződés megkötését követően több hónappal, 2019. február 21. napján kötötte meg az adásvételi szerződést 2019. július 31. napjáig terjedő teljesítési határidővel a beszállítóval, miközben a szerződésben meghatározott teljesítési határidő 2019. június 30. napja volt.

27. A kezdeményező álláspontja szerint a kérelmezett akadályközlésének ténye önmagában nem minősülhet olyan objektív körülménynek, amely megalapozza a szerződés módosításának szükségességét, tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítások nem a szerződés teljesítéséhez volt szükséges, vagyis a szerződés teljesítésére az 1. és 2. számú szerződésmódosítások nélkül is sor kerülhetett volna. A szerződés időbeli hatályát azért kellett meghosszabbítani két alkalommal is, mert a kérelmezett nem teljesített szerződésszerűen. Az ok-okozati összefüggés az 1. és 2. számú szerződésmódosítások szükségessége és a kérelmezetti akadályközlés között csupán közvetetten állt fenn.

28. A kezdeményező rámutatott továbbá arra is, hogy a szerződés szerinti kérelmezett feladatát képezte a tárgyi közbeszerzési eljárás iratanyagában foglalt tartalommal a közbeszerzési eljárás tárgyát képező technológia helyszínre szállítása, a berendezések teljes körű telepítésének vezetése, rendeltetésszerű használatra alkalmas módon történő üzembe helyezése, a próbaüzem lefolytatása. A kérelmezett a felhívás és a közbeszerzési dokumentumok ismeretében tett ajánlatot, azaz ismert volt számára a közbeszerzés műszaki tartalma, a teljesítésre biztosított időtartam, valamint a megkötendő szerződés biztosítékai is.

29. A kezdeményező álláspontja szerint a közbeszerzési dokumentumok alkalmasak voltak arra, hogy a kérelmezett felmérhesse azt, hogy szükséges beszállítók, gyártók bevonása, ennek ismeretében történt az ajánlattétel és a szerződés megkötése. A kérelmezett az ajánlatában vállalta, hogy szerződéses kötelezettségét 2019. június 30. napjáig teljesíti, illetve a szerződés VII.2. pontja alapján elfogadta, hogy késedelmes teljesítés esetén kötbérfizetési kötelezettség terheli. A kérelmezett szerződéses kötelezettségének teljesítése érdekében nem tette meg az elvárható intézkedéseket, a szerződés-ellenőrzés során arra vonatkozóan dokumentum nem került a szerződő felek részéről becsatolásra, hogy a kérelmezett más beszállítót megkeresett volna a szerződés szerű teljesíthetőség érdekében.

30. A kezdeményező rögzítette, hogy szerinte a kérelmezett érdekkörében felmerült gyártói kapacitáshiány nem minősül olyan körülménynek, mely megalapozza a szerződés módosításának szükségességét, tekintettel arra, hogy az 1. és 2. számú szerződésmódosítások nem voltak szükségesek a szerződés teljesítéséhez. A kérelmezett a szerződésben meghatározott határidőn túl is teljesíthetett volna azzal, hogy a szerződésben meghatározott feltételek fennállása esetén az ajánlatkérő érvényesíthette volna a szerződés VII.2. pontja szerinti késedelmi kötbér megfizetése iránti igényét.

31. A kezdeményező az ajánlatkérői észrevétellel kapcsolatban kifejtette, hogy a kezdeményezés nem elkésztett, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő a határidőt nem jól számolta ki. Egyebekben fenntartotta a kezdeményezésben foglaltakat.

Az ajánlatkérő észrevétele

32. Az ajánlatkérő észrevételében elsődlegesen eljárásjogi kifogást terjesztett elő – elkészttség – tekintetében, amelyben kérte, hogy a Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást szüntesse meg, tekintettel arra, hogy azt a hivatalbóli kezdeményező késve terjesztette elő. A kifogás indokaként előadta, hogy a kezdeményezőnek a vizsgálat lefolytatására 90 + 30 nap, azaz összességében 120 napja volt, amely jelen ügyben nem érvényesült, tekintettel arra, hogy az ellenőrzést és a jogorvoslat előterjesztését ennél hosszabb idő alatt végezte el. Álláspontja alapján a jogorvoslatot a kezdeményező legkésőbb 2021. augusztus 13-án terjeszthette volna elő a törvényes határidőn belül.

33. Az ajánlatkérő a kezdeményezéssel kapcsolatban az eljárási kifogás előterjesztésén túl érdemben kifejtette, hogy álláspontja alapján a szerződésmódosítások szükségesek voltak, mert egy megkezdett sajtüzem kialakítás szakadt volna félbe azzal, hogy egy technológiai berendezés, a párasító/gőzgenerátor beszerzése alapanyag hiány miatt késedelmet szenvedett. A hiányzó párasító/gőzgenerátor egy egyedileg, az adott ügyfél adott helyszíni adottságaira és igényeire tervezett és jelentős részben egyedileg gyártott gépekből álló gyártósor része volt.

34. Az ajánlatkérő előadta, hogy a légkezelő részét képező gőzgenerátor gyártása alkatrész hiány miatt csúszott. A légkezelő addigra már legyártásra került az eredeti tervek szerint, a légtechnika kiépítésre került, a gőzgenerátor fogadására a hely már elő volt készítve. A vezérlés ki volt kábelezve a megfelelő helyre. A berendezés kiváltása utólag rengeteg plusz munkával és idővel járt volna, ami a gazdasági ésszerűséggel nem volt összeegyeztethető.

35. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy a közbeszerzési szerződés VII.2. pontja a késedelem minden napja után a nettó vételár 1%-ának megfelelő összegű késedelmi kötbért, a 15 napot

meghaladó késedelem esetén a nettó vételár 50%-ának megfelelő meghiúsulási kötbért tartalmazott.

A párasító/gőzgenerátor alapanyag hiány miatti gyártási késedelme 15+50%, összesen 65%-os mértékű kötbér érvényesítését jelentette a szerződésmódosítás elmaradása esetén 15 napot meghaladó késedelmet követően, mely az eladó azonnali gazdasági ellehetetlenülését és a projekt meghiúsulását eredményezte volna, mert a szerződés tárgyát képező sajtüzem technológia félbemaradt szállítása az állapotfelvétellel, a megszűnő szerződés lezárásával és elszámolásával, jogvitával, követelés kezeléssel, áttervezéssel, az új szállító kiválasztásával jelentős költségeket, bevétel kiesést, kockázatokat, időbeli késedelmet, az eladó üzleti titkot képező technológiai megoldásainak nyilvánossá válásával szerzői jogi jogvitát, továbbá bizonytalan műszaki színvonalú végeredményt és szavatossági, jótállási felelősség elhatárolási problémákat okozott volna.

36. A fentiekén túl az ajánlatkérő rögzítette, hogy a szerződésmódosításokat olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre. Az ajánlatkérő, az eladó kiválasztására nyilvános versenyt biztosító közbeszerzési eljárást hirdetett és bonyolított le, a közbeszerzési eljárásban az alkalmassági és értékelési szempontrendszerrel, a megfelelően részletezett műszaki leírással és a jól kidolgozott szerződési feltételrendszerrel biztosította a minőségi kiválasztás feltételeit, a közbeszerzési szerződésben 212 napot biztosított a teljesítés megvalósításához, amely reális időtartamnak tűnt a szerződés szerű teljesítéshez. Az, hogy a teljesítés megkezdését követően, amikor a termék vagy a partnersere csak jelentős késedelemmel, költséggel és kockázattal lett volna biztosítható, felmerült egy, a technológia szerves részét képező, nem nélkülözhető gép szállításának késedelme, olyan körülmény volt, melyet az ajánlatkérő kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre.

37. Az ajánlatkérő további észrevételében előadta, hogy az elsődlegesen tett észrevételében foglaltakat fenntartja, valamint azt annyiban egészítette ki, hogy a szerződés módosítása kapcsán választhattak, hogy

a) a szerződés módosításával hozzájárul a teljesítési határidő hosszabbításhoz, ezzel megtartja a teljesítésre késznek és képesnek mutakozó, adott eladót (kérelmezett) és a hiányzó technológiai elem megérkezése után - egyéb akadályozó tényező híján - sikeresen megvalósulhat a létesítmény.

b) vagy érvényesíti a szerződésben rögzített hátrányos jogkövetkezményeket az eladóval (kérelmezett) szemben és ezek súlyossága miatt (jelentős összegű kötbér, felmondás) nyilvánvaló érdekellentétbe kerül az eladóval (kérelmezett), ami

- az eladóval szembeni elszámolási és szerzői jogi jogvita
- az áttervezés
- az új eladó kiválasztás
- az egyik eladóval jelentős előrehaladás után félbeszakadt egyedi, speciális igényekre szabott teljesítés másik eladóval történő befejezésével kapcsolatos műszaki és felelősség-elhatárolási problémák
- teljesítés esetén az esetleges hibás, hiányos teljesítésből eredő jótállási, szavatossági igények kötelezettje körüli bizonytalanság és az ebből eredő igényérvényesítési nehézségek
- a projekt sikertelensége esetén a támogatás elvesztése és felelősségi viták jelentős költségeit és kockázatait hordozza.

38. A szerződés módosításai álláspontja szerint a fentiek alapján szükségesek és jogszerűek voltak.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

39. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett (szerződő felek) 2019. június 7. (1. számú szerződésmódosítás) és 2019. július 16. (2. számú szerződésmódosítás) napja közötti időszakban módosították a kezdeményezéssel érintett szerződésüket, így jelen jogorvoslati eljárásra a Kbt. ezen időszakban hatályos rendelkezéseit kellett alkalmazni. A jogorvoslati kezdeményezésre 2021. szeptember 16. napján került sor, ezért a jogorvoslati eljárásra a Kbt. e napon hatályos rendelkezései voltak irányadók.

40. A kezdeményező a jogorvoslati eljárást kezdeményező iratában a szerződésnek a szerződő felek által 2019. június 7. (első kezdeményezési elem) és 2019. július 16. (második kezdeményezési elem) napján történt módosítása okán, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) pontjának feltételezett megsértését állította.

41. A Döntőbizottság az érdemi vizsgálatot megelőzően, tekintettel az ajánlatkérő eljárásjogi kifogására- elkésettség-, megvizsgálta a hivatalbóli kezdeményezés előterjesztésére nyitva álló határidő megtartottságát.

42. A Döntőbizottság az eljárási kifogás vizsgálatakor az alábbi jogszabályokra volt tekintettel.

A közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet 1. § (1) bekezdése szerint: E rendeletet a 2. § 1. pontja szerinti szerződések teljesítésének és módosításának jogi, műszaki és szakmai szempontú ellenőrzésére kell alkalmazni.

2. § E rendelet alkalmazásában:

Szerződés: a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 3. § 24. és 27. pontja szerinti szerződés.

Ellenőrzött szervezet: e § 1. pontja szerinti szerződés szerződő felei, valamint a teljesítésben részt vevő gazdasági szereplők.

A Kbt. 3. § 24. közbeszerzési szerződés: e törvény szerinti ajánlatkérő által, írásban megkötött, árubeszerzésre, szolgáltatás megrendelésre vagy építési beruházásra irányuló visszerthes szerződés.

A Kbt. 189/A. § (1) A szerződés-ellenőrzési eljárás ügyintézési határideje az eljárás megindulását követő napon kezdődik.

(2) A szerződés-ellenőrzési eljárásra nyitva álló ügyintézési határidő 90 nap, amely egy alkalommal, legfeljebb 30 nappal meghosszabbítható.

(3) Az ügyintézési határidőbe nem számít bele:

a) a szakhatóság eljárásának időtartama,

b) a szakértői vizsgálat lefolytatásának és a szakértői vélemény elkészítésének időtartama,

c) a hiánypótlásra felhívástól, az annak teljesítéséig terjedő időtartam,

d) az ügyfélnek a tényállás tisztázásához szükséges adatok közlésére, illetve okirat vagy más irat bemutatására való felhívásától az annak teljesítéséig terjedő időtartam.

A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő az eljárási kifogás előterjesztésekor figyelmen kívül hagyta a Kbt. 189/A. § (3) bekezdését.

43. A Döntőbizottság megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményező a jogorvoslati kezdeményezését határidőben terjesztette elő, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő tévesen úgy értelmezte az ügyintézési határidő számítását, hogy a kezdeményező végzéseiben meghatározott határidőt veszi alapul, nem pedig az adatszolgáltatások tényleges teljesítéséig terjedő időszakot. Ezek alapján juthatott arra az eredményre, hogy a kezdeményezés elkészt. A hivatalbóli kezdeményező az ellenőrzését 2020. december 3-án kezdte meg és azt 2021. július 21-én fejezte be. Ez összesen 239 nap volt, amelyből 149 nap volt, amely alatt az adatszolgáltatás teljesítésére vártak, így a tényleges ügyintézési idő 90 nap volt, amely pedig törvényes. Az ellenőrzés befejezésétől számított 60 napon belül van lehetősége a kezdeményezőnek jogorvoslati eljárást kezdeményeznie a Közbeszerzési Döntőbizottság előtt, amely határidő a fentiek alapján szintén megtartott volt, így a hivatalbóli kezdeményező által előterjesztett jogorvoslati kezdeményezés nem elkészt.

44. A Döntőbizottság a fentiek alapján rögzíti, hogy a kezdeményezés vizsgálatának eljárásjogi akadálya nincs, így a továbbiakban a hivatalbóli kezdeményezést érdemben vizsgálta.

45. A Döntőbizottságnak az **első kezdeményezési elem** kapcsán – a kezdeményezés keretei között maradván – abban a kérdésben kellett döntést hoznia, hogy a szerződő felek 2019. június 7. napján történt első szerződésmódosítása megfelelt-e a Kbt. rendelkezéseinek.

46. A Döntőbizottság az alábbi jogszabályokra alapozta döntését.

A Kbt. 2. § (7) bekezdése:

(7) 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:

(8) 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:

(4) 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:

(1) 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:

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

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

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont:

(4) 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 e rendelkezés megkerülését.

A Kbt. 141. § (6) bekezdése:

(6) 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:

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

A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerint 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. 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. § (2) bekezdése új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor teszi lehetővé a szerződés módosítását, ha az ellenérték növekedése nem haladja meg a törvényileg meghatározott mértéket. 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 Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontja szerinti feltétel jogszerű alkalmazhatósága abban az esetben vizsgálendő, amennyiben a szerződésmódosítás lényeges.

47. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság először az 1. szerződésmódosítás lényeges minősége kérdésében foglalt állást.

48. A Kbt. 141. § (6) bekezdés szerinti szerződésmódosításra akkor van lehetőség, amennyiben a módosítás nem minősül lényegesnek. A hivatkozott 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) és i) pontjai a szerződés időtartamát, illetve az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit olyan lényeges érdemi körülménynek minősítik, amelyet a közvetlenül megküldött ajánlattételi felhívásban rögzíteni kell. Az ajánlatkérő mindezeket a felhívásban meg is tette. A szerződés időtartama tehát a közbeszerzési szerződés lényeges, érdemi feltétele. Jelen esetben a rendelkezésre álló iratok alapján megállapítható, hogy a felek az első módosítás során az eredeti szerződési időtartamot (2018. december 1. - 2019. június 30., 212 nap) 2019. augusztus 2-ig, azaz 33 nappal hosszabbították meg. A Döntőbizottság megállapítása szerint a teljesítési határidő ilyen mértékű meghosszabbítása lényeges módosításnak minősül.

49. A következőkben a Döntőbizottság a felek által hivatkozott, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont szerinti szerződésmódosítás megalapozottságát vizsgálta.

A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja alapján a következő együttes feltételek teljesülése esetén van lehetőség a szerződés módosítására, ha

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.

Bármely feltétel hiánya esetén a szerződés jogszerű módosítására nem kerülhet sor a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára alapítottn.

50. A Döntőbizottság az eljárás iratai alapján megállapította, hogy a felek kizárólag a teljesítési határidőt hosszabbították meg, így a Kbt. 141. § (4) bekezdés cb) és cc) pontja szerinti feltételek eleve nem bírtak relevanciával. A teljesítési határidő módosítása önmagában nem változtatta meg a szerződés általános jellegét, a felek szerződésmódosítása nem irányult az ellenérték növelésére.

51. A Döntőbizottságnak a továbbiakban ezért azt kellett vizsgálnia, hogy az ajánlatkérő által a hirdetményben és a szerződésmódosításban előadott indokok alátámasztják-e a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) pontja szerinti feltétel teljesülését.

52. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja maga is két együttes feltételt kíván meg alkalmazhatóságához. Az ajánlatkérőnek a szerződésmódosítás jogszerűsége alátámasztására egyrészt olyan körülményeket kell igazolnia, amelyek szükségessé teszik a szerződésmódosítást. Másrészt ezeknek a körülményeknek – általa, kellő gondossággal eljárva – előre nem láthatóknak kell lenniük.

53. A Döntőbizottság elsőként az ajánlatkérő által megjelölt körülmények általa kellő gondossággal tanúsítása mellett előre nem láthatóságát vizsgálta meg.

54. Ezzel kapcsolatban a döntőbizottsági és bírósági gyakorlat több esetben is rámutatott arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpont szerinti előre nem láthatóság a szerződés megkötésének időpontjára, illetve a szerződést megelőző előkészítési szakaszra vonatkozatható; ezért a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata során nem hagyható figyelmen kívül, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás előkészítése során a kellő gondosságot tanúsította-e. 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. Az ajánlatkérőnek ezen körülményeket igazolnia kell.

55. A Döntőbizottság megvizsgálta a szerződés módosításhoz vezető okokat és a felek ezzel kapcsolatban tett nyilatkozatait, valamint azok rögzítését a szerződés módosításában. Ezek alapján a következők állapíthatók meg.

56. A közbeszerzési eljárás eredményeként a felek 2018. december 1. napján árubeszerzésre vonatkozó adásvételi szerződést kötöttek, amely magában foglalta a beszerzett eszközök helyszínre való szállítását és beszerelését is. A teljesítés határideje 2019. június 30. napja volt. A szerződés keretében a kérelmezettnek az 1. rész tekintetében fixen telepített 1 db érlelő technológiát, 1 db energia megtakarító egységet, valamint 1 db távfelügyeletet kellett beszereznie és telepítenie.

57. A szerződés megkötését követően, egészen 2019. február 21-ig nem történt semmi olyan cselekmény, amely dokumentált formában igazolná azt, hogy ebben az időszakban a beszerzés megvalósítása érdekében bármi is történt volna. Ezen a napon kötött egymással adásvételi szerződést a kérelmezett és a beszállító, amelyben a teljesítés határidejeként 2019. július 31. napját határozták meg.

58. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett közötti szerződésben a teljesítés határidejeként 2019. június 30. volt meghatározva, ezzel ellentétesen a kérelmezett és a beszállító között 2019. július 31. Ezt az ellentmondást az ajánlatkérőnek és a kérelmezettnek nem sikerült feloldania a jogorvoslati eljárás során.

59. A fentieket követően a beszállító a kérelmezettet 2019. május 31-én tájékoztatta, hogy határidőben nem tudja teljesíteni a szerződésben foglaltakat, kapacitáshiányra hivatkozva, azt előreláthatólag 2019. augusztus 2-ig tudja megvalósítani. A kérelmezett az akadályközlést az

ajánlatkérővel a beszállító által leírtak alapján 2019. június 3-án közölte, amit az ajánlatkérő 2019. június 5-én elfogadott.

60. A felek 2019. június 7-én módosították a szerződést, így a teljesítési határidő 2019. augusztus 2. lett. (1. sz. szerződés módosítás) A felek a szerződésmódosításban a módosítás indokát a gyártó kapacitáshiányában jelölték meg. Az ajánlatkérő a szerződés módosításáról szóló tájékoztatót 2019. június 19-én adta fel. (KÉ-10901/2019). A szerződés módosításáról megjelent tájékoztató hirdetményben a módosítás indokaként a következő került rögzítésre: „A gépek, eszközök beszerzése elhúzódott a gyártó kapacitás problémái miatt. Az Eladónak a legnagyobb gondossága és előrelátása ellenére sem volt lehetősége az előzetesen meghatározott határidő betartására a rajta kívül álló okok miatt. [...]”

61. A Döntőbizottság megállapította, hogy a fent hivatkozott dokumentumokból (akadályközlésről tájékoztatás, szerződésmódosítás, tájékoztató hirdetmény) nem állapítható meg a szerződésmódosítás indokaként előadott gyártói kapacitás problémájának ténye illetve, hogy az olyan, kellő gondosság tanúsítása mellett előre nem látható tényező volt, amely érdemi akadályoztatást jelentett volna.

62. A Kbt. 37. § (1) bekezdés j) pontja szerint az ajánlatkérő hirdetmény útján köteles közzétenni a szerződés módosításáról szóló tájékoztatót. A közbeszerzési és tervpályázati hirdetmények feladásának, ellenőrzésének és közzétételének szabályairól, a hirdetmények mintáiról és egyes tartalmi elemeiről, valamint az éves statisztikai összegezésről szóló 44/2015. (XI. 2.) MvM rendelet 34. § (12) bekezdése szerint a Kbt. 37. § (1) bekezdés j) pontja szerinti szerződés módosításáról szóló tájékoztatót tartalmazó hirdetmény mintáját a 12. melléklet tartalmazza. A 12. melléklet szerinti hirdetmény-minta VI.2. pontjában – többek között – meg kell adni a módosítás okát, jogszabályi alapját.

63. A nyilvánosság, átláthatóság, valamint a verseny tisztasága alapvető követelményére is figyelemmel a módosításról feladott – és a Kbt. 141. § (7) bekezdése alapján kötelezően alkalmazandó – hirdetmény-minta törvényi rendeltetése megjeleníteni azokat a körülményeket, amelyek a szerződés módosítását indokolják. Ez a szerződés módosítása jogszerűségének egyik biztosítója, akként, hogy az ezzel kapcsolatos szabálytalanságok nem kizárólag belső ellenőrzés, illetve adott esetben a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzése során kerülhetnek feltárára, hanem ezeket a nyilvánosság – így különösen az érdekelt versenytársak is – észlelheti. A vonatkozó MvM rendelet szerint a hirdetményben mind a módosítás jogszabályi alapját, mind pedig okát is meg kell adni.

64. Fentiekhez kapcsolódóan és azt alátámasztandó, a Kúria, mint felülvizsgálati bíróság a Kfv.VI.37.948/2019/5. számú ítéletében kimondta, hogy „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 ca) alpontjában foglaltak fennállását” ([25] bekezdés).

65. A Döntőbizottság a fent hivatkozott jogszabályi rendelkezésekben foglaltak, és a Kúria elvi érvelésével kimondott megállapítására figyelemmel hangsúlyozza, hogy a szerződésmódosítás indokának meghatározása és ismertetése garanciális jelentőségű a Kbt. alapvető követelményeinek – verseny tisztasága, az átláthatóság és nyilvánosság – érvényesülése szempontjából. A közbeszerzési eljárás alapján megkötött szerződés módosítását a Kbt. csak meghatározott feltételek fennállása esetén, kivételesen teszi lehetővé. Ennek oka az, hogy a

szerveződések utólagos módosítása ne szolgálhasson a közbeszerzési törvény versenyeztetési szabályainak későbbi kijátszására. Az ajánlatkérő hirdetményt köteles közzétenni a Közbeszerzési Értesítőben a szerződés módosításáról. Ezáltal nyílik lehetőség arra, hogy az érdekeltek tudomást szerezzenek a módosítás tényéről és annak indokairól, amely alapján az arra jogosultak eldönthetik azt, hogy az esetleges jogsértő módosítás miatt jogorvoslati kérelmet vagy kezdeményezést terjesszenek-e elő. A kapcsolódó rendelet részletesen meghatározza, hogy az ajánlatkérőnek a szerződés módosítása esetén milyen tartalommal kell a hirdetményt közzétenni. Ez alapján az ajánlatkérőnek a szerződésmódosítás indokát és jogszabályi alapját is meg kell jelölnie. A szerződésmódosítás jogszerűségének megítélésekor ezért kiemelt jelentősége van annak, hogy az ajánlatkérő a hirdetményben mit ad elő a módosítás indokaként. A Döntőbizottság megítélése szerint a közpénzek ésszerű felhasználása átláthatóságának és széles körű nyilvános ellenőrizhetőségének megteremtését elérni kívánó jogalkotói cél, továbbá a közbeszerzések során a verseny tisztaságának biztosítása, a nyilvánosság és az esélyegyenlőség alapvető rendelkezéseinek érvényesítésének követelménye nem ad arra lehetőséget, hogy a szerződés módosítását az ajánlatkérő utóbb, akár a jogorvoslati eljárás során, a hirdetményben közölt indokoktól eltérően, vagy azokat kiterjesztve indokolja.

A Döntőbizottság a fentiek miatt nem vehette figyelembe a szerződésmódosítás további okaként azokat a hivatkozott körülményeket, amelyeket az ajánlatkérő a módosításokról feladott hirdetményben nem szerepeltetett, továbbá a szerződésmódosításokban sem adott elő indokolásul, még ha adott esetben egyébként alkalmasak lettek volna a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti módosítási jogalap alátámasztására.

66. A Döntőbizottság a fenti pontokban előadottak alapján ezért arra a megállapításra jutott, hogy az ajánlatkérő nem tudta hitelt érdemlően igazolni a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpont szerinti előre nem láthatóság fennállását a szerződésmódosításra vonatkozóan.

67. A Döntőbizottság a továbbiakban megvizsgálta a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpont szerinti másik feltételt, azaz a módosítás szükségességét. A szerződésmódosítás szükségessége elsősorban azt jelenti, hogy az előre nem látható körülmények felmerülése esetén a felek csak a módosítás révén tudják a szerződést teljesíteni, azaz annak módosítása elkerülhetetlen a teljesítés érdekében.

68. A Döntőbizottság megállapította, hogy a közbeszerzési dokumentumokban egyértelműen megállapításra kerültek az árubeszerzés részletei, és a felek ezzel kapcsolatos szerződéses kötelezettségei. Az adásvételi szerződésben külön rögzítésre került, hogy a kérelmezett feladata volt a kérdéses eszközök beszerzése, azok az ajánlatkérő által meghatározott helyre való szállítása, beszerelése és beüzemelése. Ezen kitételeket az ajánlatkérő és a kérelmezett egyaránt ismerték, elfogadták.

69. A feleket kötötték a közbeszerzési szerződés VII/2. és 3. pontjai, amelyek egyértelműen rögzítették a szerződéses határidő elmulasztására, azaz a késedelmes teljesítésre irányadó szabályokat. E szerint a kérelmezett neki felróható okból történő késedelme esetén meghatározott mértékű kötbér megfizetésére volt köteles. A fel nem róhatóság a kérelmezett érdekkörén kívül eső körülmények esetén állhat fenn. A szerződés szerint azonban a kérelmezett vállalt kötelezettsége volt a kivitelezéshez szükséges anyag és munkaerő biztosítása, amely tehát a szerződéses feltételek részét képezte, így ezen feltételek biztosításával a kérelmezettnek kellett volna az adott eszközöket a szerződéses határidőn belül beszereznie és beépítenie, függetlenül attól, hogy azokat alvállalkozó bevonásával vagy anélkül teszi-e meg.

70. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság megállapítása szerint a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja szerinti feltétel másik eleme – amely szerint a szerződés módosításának szükségesnek is kell lennie – nem állt fenn, tekintettel arra, hogy a késelem a kérelmezett nem gondos eljárásának következménye. A szerződés teljesítésére ugyanis anélkül is sor kerülhetett volna, hogy a felek a teljesítési határidőt módosítják, tekintettel arra, hogy a kérelmezett késedelmes teljesítése esetére a szerződés egyértelmű szabályokat tartalmazott, és a Ptk. kötbérrel kapcsolatos szabályozása szerint a teljesítést a kérelmezett jogszerűen nem tagadhatta volna meg a kötbér alkalmazásának esetén sem. (Adásvételi szerződés VII/2. és 3. pontjai).

71. Az előző pontokban leírtak alapján a Döntőbizottság ezért egyetértett a hivatalbóli kezdeményezővel abban, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett nem adott elő olyan, az ajánlatkérő kellő gondossággal történő eljárása ellenére is előre nem látható körülményt, amely szükségessé tette a szerződésmódosítást. Mindezekre figyelemmel a Döntőbizottság arra a következtetésre jutott, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja szerinti konjunktív feltételek közül a – jelen esetben egyetlen feltételként teljesülendő – ca) alpontban előírt feltétel sem állt fenn, így a szerződésmódosítás ajánlatkérő által megjelölt jogalapja megdőlt. Mivel nem merült fel arra vonatkozó körülmény, hogy a szerződésmódosítás a Kbt. egyéb rendelkezése alapján jogszerűnek minősülhet, a Döntőbizottság az 1. számú szerződésmódosítást érintően megállapította, hogy a felek megsértették a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontját.

72. A Döntőbizottságnak a második kezdeményezési elem kapcsán – a kezdeményezés keretei között maradva – abban a kérdésben kellett döntést hoznia, hogy a szerződő felek 2019. július 16.-án történt 2. számú szerződésmódosítása megfeleltek-e a Kbt. rendelkezéseinek.

73. A Döntőbizottság e pontnál rögzíti, mivel a második kezdeményezési elem tárgya is kizárólag a szerződés teljesítési határidejének – első módosítás indokával azonos indokkal történt – módosítása volt, ezért az indoklás 46-50. pontjai e módosításokra is megfelelően irányadók, amelyekre a Döntőbizottság azok megisméltése nélkül jelen pontban is hivatkozik. A Döntőbizottság ezen túlmenően megállapította, hogy a felek a teljesítési határidőt a második módosításkor 181 (azaz az első módosítással együtt az eredeti teljesítési határidőt 214 nappal) hosszabbították meg. A Döntőbizottság töretlen és egységes gyakorlata szerint a teljesítési határidő ilyen jelentős mérvű módosítása egyértelműen lényeges szerződésmódosításnak minősül, ezért a Kbt. 141. § (6) bekezdés a módosításokra nem volt alkalmazható.

74. A továbbiakban a Döntőbizottság a második módosítás kapcsán is a felek által hivatkozott, a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) pontja szerinti megalapozottságot vizsgálta.

75. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a fentiekben már leírt, 1. szerződésmódosítást – 2019. június 7. – követően alig egy hónappal következett be a 2. számú szerződésmódosítás 2019. július 16.-án. Ekkor a teljesítési határidőt 2019. augusztus 2-ről 2020. január 30-ra módosították. A 2. számú szerződésmódosítást megelőzően a beszállító a kérelmezettet a módosított határidő tarthatatlanságáról 2019. július 10-én tájékoztatta, amelyről a kérelmezett az ajánlatkérőt 2019. július 12-én informálta, amit az ajánlatkérő 2019. július 13-án el is fogadott. Az indokok a módosítással kapcsolatban mind a beszerző, mind a kérelmezett esetében a korábbi indokkal megegyeztek, így a 2. szerződésmódosítás indoka is megegyezett az 1. szerződésmódosítás indokaival. Eszerint a 2019. szeptember 4. napján a KÉ-13888/2019 iktatószámán közzétett hirdetmény VI.2.2) pontjában, valamint a 2. számú

szerződésmódosításban a módosítás okaként az alábbi került feltüntetésre: „A gépek, eszközök beszerzése elhúzódott a gyártó kapacitásproblémái miatt. Az Eladónak a legnagyobb gondossága és előrelátása ellenére sem volt lehetősége az előzetesen meghatározott határidő betartására a rajta kívülálló okok miatt.” A módosítás jogszabályi alapjának a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját határozták meg.

76. A Döntőbizottság megállapította, hogy a fent hivatkozott dokumentumokból (szerződésmódosítás, szerződésmódosításról szóló tájékoztató) nem állapítható meg a szerződésmódosítás indokaként előadott gyártói kapacitás hiányának a ténye, illetve, hogy az olyan, kellő gondosság tanúsítása mellett előre nem látható tényező volt, amely az árubeszerzést érdemben akadályozta.

77. A Döntőbizottság e körben hivatkozik a határozat 61-64. pontjaiban foglaltakra, és az abban leírtakat irányadónak tartja ezen kezdeményezési elem elbírálásakor is.

78. A Döntőbizottság rögzíti továbbá, hogy nem támasztható alá az előre nem láthatóság olyan körülményekre hivatkozással, amelyek az ajánlatkérő felelősségi körébe tartoznak, és amelyek felmerülését a törvény szerint elvárt kellő gondosság tanúsítása mellett az ajánlatkérő előre láthatta és elkerülhette volna. A Döntőbizottság a fenti pontokban előadottak alapján ezért arra a megállapításra jutott, hogy az ajánlatkérő nem tudta hitelt érdemlően igazolni a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpont szerinti előre nem láthatóság fennállását a második szerződésmódosításra vonatkozóan.

79. A Döntőbizottság a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpont szerinti másik feltétel, vizsgálata, azaz a módosítás szükségessége körében, a korábbiakban előadottak megisméltése nélkül hivatkozik a határozat 67-70. pontjaiban foglaltakra.

80. Mindezek alapján a második kezdeményezési elem tekintetében a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő nem tudta igazolni a szerződésmódosításokhoz szükséges Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontban előírt, általa indokként megjelölt körülmények fennállását. Mivel nem merült fel arra vonatkozó körülmény sem, hogy a szerződésmódosítás a Kbt. egyéb rendelkezése alapján jogszerűnek minősülhet, a Döntőbizottság a második szerződésmódosítást érintően is megállapította, hogy a felek megsértették a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontját.

81. A Döntőbizottság tekintettel az ajánlatkérő észrevételeiben foglaltakra rögzíti, hogy mivel a beruházás részben támogatásból valósult meg, így annak megvalósításakor figyelemmel kell lennie többek között a Kbt. 2. § (4) bekezdésére, amely kimondja, hogy az ajánlatkérőnek a közpénzek felhasználásakor a hatékony és felelős gazdálkodás elvét szem előtt tartva kell eljárnia. Ezt transzformálva jelen eljáráshoz, rögzíthető, hogy a szerződésben lefektetett kötbér érvényesítése nem csak lehetősége, hanem egyben kötelezettsége is az ajánlatkérőnek a közpénzek védelme érdekében. Így a Döntőbizottság több okból sem nem tudta elfogadni azt az indokot, hogy esetlegesen a kötbér igény érvényesítése következtében a teljesítés elmaradt volna. Azért, mert ez csak egy jövőbeli, nem bizonyított vélelem, valamint, mert a Ptk. 6:187 § (1) bekezdés második fordulatában meghatározottak szerint ebben az esetben a teljesítési kötelezettség fennmarad, így annak elmaradása esetén egyéb jogi lépéseket is tehetne az ajánlatkérő.

82. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(3) bekezdéseiben meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokokra tekintettel a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján mindkét kezdeményezési elem esetében a jogsértés megtörténtét állapította meg.

83. A Kbt. 165. § (6) bekezdés e) 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. § (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 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 megállapításakor figyelembe kell venni azt is, ha a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

84. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a közbeszerzési jogsértésért való felelősség objektív, azaz a Döntőbizottságnak nem kell vizsgálnia, hogy mely okból, vagy milyen vélekedés alapján nem kerültek betartásra a közbeszerzési szabályok (Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítélete). A Döntőbizottság ezért a megállapított jogsértéssel összefüggésben a szerződésmódosítást jogsértő módon megvalósító mindkét féllel, vagyis az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben is bírságot szabott ki. E döntésénél a Kbt. 141. § (1) bekezdésében foglaltakra – amely a szerződésmódosítás feltételeit a „felekre” nézve rögzíti –, illetve az Európai Unió Bírósága C-263/19. sz. ítéletében foglaltakra is tekintettel volt.

A Döntőbizottság bírság kiszabásától a fentiekben hivatkozott, kötelezően alkalmazandó bírságolás miatt nem tudott eltekinteni.

A Döntőbizottság a bírság mértékének megállapítása során figyelembe vette a szerződés értékét, valamint azt, hogy az érintett beszerzés támogatásból valósult meg, és a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció kapcsolódhat. A Döntőbizottság tekintettel volt arra is, hogy hosszabb idő telt el a jogsértés megtörténte óta.

Figyelembe vette a Döntőbizottság azt is, hogy a jogsértés nem reparálható. A Döntőbizottság szintén értékelte, hogy ugyanazon közbeszerzéshez kapcsolódóan a jogsértést a felek két ízben valósították meg.

A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a fenti szempontok kifejezett mérlegelését követően a rendelkező részben meghatározott mértékű bírságot szabta ki az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben, tekintettel arra, hogy a jogsértés megvalósításában a felelősségük azonos volt.

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

86. 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) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

A jogi képviselő a Kp. 27. § (1) bekezdése b) pontja 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.

B u d a p e s t, 2021. november 15.

Dr. Schaller Emil sk
közbeszerzési biztos
a tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk
közbeszerzési biztos

Dr. Szathmári Réka sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Kezdeményező képviselője (elektronikus úton)
2. Ajánlatkérő képviselője, (elektronikus úton)
3. Kérelmezett képviselője (elektronikus úton)
4. Agrárminisztérium (elektronikus úton)
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága (kizárólag elektronikus úton)
6. Miniszterelnökség (kizárólag elektronikus úton)