



**KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG**

1026 Budapest, Riadó u. 5.

Tel.: 06-1/882-8594

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma: D.107/10/2022.

A tanács tagjai: Dr. Hodnik Ákos közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bankóné Nagy Helga közbeszerzési biztos, Dr. Jánosi Bálint közbeszerzési biztos

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

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

Az ajánlatkérő: Székesfehérvár Megyei Jogú Város
Önkormányzata
(Székesfehérvár, Városház tér 1.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Bárdos Katalin
felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A kérelmezett: Smithmann Hungary Kft.
(Budapest, Teleki u. 17.)

A közbeszerzés tárgya, értéke: „Vadmadárgondozó orvostechológiai eszközbeszerzése”
(EKR000112132020), 55.085.754.-

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 a második kezdeményezési elem kapcsán megállapítja a jogsértés hiányát.

A Döntőbizottság az első és harmadik kezdeményezési elem tekintetében a jogorvoslati eljárást megszünteti.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket az ügyfelek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat jogorvoslati eljárást megszüntető rendelkezése ellen a határozat kézbesítésétől számított nyolc napon belül közigazgatási perben kereseti kérelem terjeszthető elő. A határozat érdemi része ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható annak kézbesítésétől számított tizenöt napon belül. A keresetlevelet Fővárosi Törvényszékhez címezve, de kizárólag a Döntőbizottsághoz kell elektronikus úton benyújtani. A keresetlevél benyújtásának a határozat végrehajtására/közigazgatási cselekmény hatályosulására nincs halasztó hatálya.

I N D O K O L Á S

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a Kbt. Harmadik Rész 117. §-a szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított 2020. február 27. napján a bevezető részben meghatározott árubeszerzés tárgyában. Az eljárást megindító felhívás (továbbiakban: felhívás) a Közbeszerzési Értesítő 2020/43 számában, 2020. március 2. napján 3162/2020 iktatószámmon került közzétételre. A közbeszerzés tárgyát képező árubeszerzés 100%-os intenzitású állami támogatásból, központi költségvetési forrásból valósult meg.

2. A felhívás jelen eljárás szempontjából releváns részei:

„II.1.4) A közbeszerzés rövid ismertetése:

1 darab Altatógép, Belgyógyászati műszerek, eszközök: lázmérő 2darab, altatómaszkok 8 darab, karomvágó olló 2 darab, légsötubus, 8 darab, pupillalámpa 2 darab, melegítő párna 2 darab, konyhai mérleg 1 darab, 2 darab Fonendoszkóp, 10 darab Germicid lámpa, 1darab Hematológiai és 1 darab biokémia automata, 1 darab Inkubátor, 1 darab Keltetőgép, Ketrecsor, 1 darab Microchipleolvasó, 1 darab Mikroszkóp, 1 darab Műtéti őrzőmonitor, 1 darab Műtőasztal, 1 darab Műtőlámpa, 1 darab Röntgen, 1 darab digitális képolvasó, Sebészeti kéziműszerek, 1 darab Sebészeti szívó, 1 darab Sterilizáló, 1 darab Vizsgálóasztal, Vizsgálólámpa: 1 darab mobil és 1 darab mennyezeti kialakítású, 2 darab röntgen védőkötény csattal, 2 darab röntgen pajzsmirigyvédő gallér, 2 pár röntgen kesztyű a dokumentáció mellékletét képező ártáblázatban részletezettek szerint.”

„II.2.3) A teljesítés helye:

HU211 Fejér

A teljesítés helye: Székesfehérvár belterület 7620/5 hrsz.”

„II.2.7) A szerződés, keretmegállapodás vagy dinamikus beszerzési rendszer időtartama:

Időtartam hónapban: vagy napban: 90”

„II.2.12) Európai uniós alapokra vonatkozó információk

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

3. A közbeszerzési dokumentáció részét képező szerződéstervezetben többek között az alábbiak szerepeltek:

„II. Szállítás tárgya, műszaki tartalom és mennyiség, teljesítés helye, ideje

1. Jelen szállítási szerződés alapján Szállító kötelezettsége a Dokumentációban meghatározott eszközöknek a teljesítési helyre történő leszállítása és átadása, az eszközök beszerzése, beüzemelése, illesztése, a szükséges műszaki csatlakozások kiépítése, csatlakoztatások telepítése, beszabályozása - továbbiakban együtt: Szállítás -.

2. Szállító feladatát képezi a jótállási időszak alatt a szállított eszközökkel kapcsolatosan a gyártó által előírt kötelező karbantartási feladat gyártói előírás szerinti időben történő ellátása, a szükséges alkatrészek biztosításával együtt.

3. Szállító vállalja, hogy a karbantartásához és szervizeléséhez szervizhátteret, valamint napi min. 12 órán keresztül rendelkezésre álló magyar nyelven kommunikáló hibabejelentő

szolgálatot (call center) biztosít, valamint magyar nyelvű kereshető, használati utasításokat bocsát Megrendelő rendelkezésére.

4. Teljesítés helye: Székesfehérvár belterület 7620/5 hrsz.

5. Teljesítés ideje: Szállító a Szállítást legkésőbb jelen szerződés teljes körű aláírásától számított 90 naptári napon belül köteles teljesíteni. A Szállító köteles a Megrendelőt a teljesítés idejéről a teljesítést legalább öt munkanappal megelőzően írásban értesíteni.

Szállító a jelen pontban foglalt határidőn belül köteles a teljesítési helyszínen eszköz típusonként a felhasználó betanítását legalább 2 alkalommal elvégezni, eszközönként legalább 2 órás időkeretben min. 1 főnek.

6. Szállító kijelenti, az eszközökre, valamint azok tartozékaikra, továbbá az eszközök beszerelésére 12 hónap jótállást vállal. Felek rögzítik, hogy Szállító a jótállás körében végzett hibaelhárításért ellenszolgáltatást, költségtérítést nem követelhet.

Szállító bármely eszköz meghibásodása esetén 48 órán belül helyszínrre kiszállást biztosít és megkezdi a javítást. A röntgenberendezés meghibásodása esetén távdiagnosztika alkalmazása megengedett.”

„IV. A számlák kiegyenlítése

1. Felek rögzítik, hogy Szállító egy darab számla benyújtására jogosult.
[...]

„V. Szerződés teljesítése

1. Szállító az orvostechnológiai eszközöket jelen szerződés II/4. pontjában megjelölt helyre szállítja le, a II/5. pontban megadott határidőben és feltételekkel.

2. A Felek megállapodnak, hogy a Szállító köteles a Megrendelőnek a Szállító által szolgáltatott, az orvostechnológiai eszközök használatához, üzemben tartásához, illetve a berendezések kezeléséhez szükséges teljes körű tájékoztatást megadni.

3. A szerződés teljesítése akkor megfelelő, ha a Szállító valamennyi orvostechnológiai eszközt hibátlanul a Megrendelőnek határidőben átadta jelen szerződésben foglalt követelmények szerint és a berendezéseket beüzemelte, telepítette valamint a Megrendelő részére az oktatást elvégezte.

4. A szállított és üzembe helyezett orvostechnológiai eszközöket Szállító csak a teljesítés helyén és az átvételre feljogosított személynek adhatja át. Felek a szerződés szerűen leszállított és beüzemelt orvostechnológiai eszközök átadás-átvételéről jegyzőkönyvet - továbbiakban: Jegyzőkönyv - vesznek fel. Az átvételre feljogosított személy a Jegyzőkönyv aláírásával igazolja, hogy valamennyi orvostechnológiai eszköz jelen szerződésben foglalt követelmények szerinti Szállítása megtörtént, továbbá Szállító a II.5. pont szerinti betanítást elvégezte.

5. Az átvételre feljogosított személy a Jegyzőkönyv aláírását megtagadhatja, amennyiben jelen szerződés V.3. pontja szerinti követelmények közül bármely teljesítése nem szerződés szerű és Megrendelő választhat a hibás teljesítés jogkövetkezményei közül.”

„VII. Megrendelő teljesítéssel kapcsolatos kötelezettségei és jogai

1. Megrendelő köteles a szerződés szerűen leszállított és beüzemelt orvostechnológiai eszközöket átvenni.

2. Megrendelő köteles Szállító szerződés szerű teljesítését elősegíteni. Megrendelő biztosítja a teljesítés helyének előkészítését és a Szállító által a helyszínen történő teljesítéshez szükséges feltételeket.

3. Megrendelő az orvostechnológiai eszközökkel kapcsolatosan észlelt minőségi hibát annak felfedezése után a Szállítóval haladéktalanul közli és jogosult jelen szerződés V.5. pontjában foglaltak szerint eljárni.

4. Felek rögzítik, hogy a Megrendelő a szerződés teljesítése során a közpénzekkel való felelős gazdálkodás elvének érvényesítése érdekében a Kbt. 142. § rendelkezései szerint jár el.”

4. Az ajánlattételi határidő lejártáig, 2020. március 19. napja 9:00 óráig két ajánlatot nyújtottak be. Az ajánlatkérő 2020. május 26. napján készítette el az ajánlatok elbírálásáról szóló összegezt, amelyben az eljárást eredményessé nyilvánította, amely szerint a nyertes ajánlattevő a kérelmezett lett. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződést (továbbiakban: szállítási szerződés) 2020. június 17. napján kötötte meg – a tervezethez hasonló tartalommal – nettó 55.757.530,- Ft vállalkozói díjért.

5. A fenti közbeszerzési eljárás tárgyát képező eszközbeszerzés kapcsolódott egy, az ajánlatkérő által kiírt másik közbeszerzési eljáráshoz (EKR000631482018). Ezen közbeszerzési eljárás tárgyát (Vadmadár kórház kivitelezés III.) két rész képezte, jelen árubeszerzés az 1. résszel – Vadmadár bemutató és vadmadár gondozó, -elsősegélynyújtó épület építése, az ingatlanon meglévő épületek bontásával, valamint lőszermentesítéssel kapcsolatos munkák elvégzésével – függött össze. A két részből álló közbeszerzési eljárás eredményeként az 1. rész tekintetében a felek 2019. február 4. napján kötöttek szerződést. A teljesítés helyeként Fejér megye, 8000 Székesfehérvár, belterület 7620/5; 7621/2 és 7331/23 hrsz-ú ingatlan, teljesítési határidőként a munkaterület átadástól számított 12 hónap került meghatározásra. A munkaterület átadására az építési napló szerint 2019. február 18. napján került sor, ezért a teljesítés határideje 2020. február 17. napja lett. A 2020. február 19. napján felvett állapotfelmérési jegyzőkönyv szerint az épület a szerkezetkész állapotot meghaladó állapotban volt. A műszaki átadás-átvételi eljárás 2020. szeptember 28. napján megkezdődött, és az ajánlatkérő hozzájárulása alapján 2020. október 29. napján zárult le. A szerződést (továbbiakban: kivitelezési szerződés) a felek nem módosították, így az határidőben nem, csak 254 nappal később teljesült. A késedelem miatt az ajánlatkérő kötbérigénnyel lépett fel.

6. A szerződések összefüggése – a teljesítés szempontjából – abban állt, hogy a kivitelezési szerződés szerinti egyik teljesítési hely (Fejér megye, 8000 Székesfehérvár, belterület 7620/5) volt a szállítási szerződés teljesítésének helye is. Utóbbi szerződés teljesítésének megkezdése pedig a teljesítési hely arra való alkalmassá tételétől függött, azaz a kivitelezési szerződés határidőben történő teljesítésétől.

7. Az ajánlatkérő és a kérelmezett (együtt: felek) a szállítási szerződés teljesítésének megkezdése kapcsán 2020. szeptember 4. napján jegyzőkönyvet vettek fel, amelyben az alábbiakat rögzítették:

„Szállító nyilatkozik, hogy Szerződés teljesítéséhez a Szerződés 1.3. pontjában rögzített eszközöket beszerezte, telephelyein tárolja és készen áll a Szerződés 11.5. pontjában rögzített határidőben a Szerződés II. I. pontja szerinti teljesítésre.

Megrendelő előadja, hogy a Szerződés 11.4. pontjában megjelölt teljesítési helyén az építési tevékenység még folyamatban van, így a Szerződés 11.5. pontjában rögzített határidőben az eszközök beszerelése, beüzemelése nem lehetséges.

Fentiekre tekintettel Szállítón kívülálló ok miatt a Szerződés módosítása vált szükségessé.”

8. A felek a szállítási szerződés teljesítési határidejét 2020. szeptember 22. napján módosították, amely kapcsán a szerződésmódosító dokumentumban az alábbiak szerepeltek:

„I. Előzmények

1. Felek rögzítik, hogy közöttük 2020. június 17. napján szállítási szerződés – továbbiakban: Szállítási szerződés – jött létre „Vadmadárgondozó orvostechnológiai eszközbeszerzése” tárgyában.

2. Felek 2020. szeptember 4. napján megtartott személyes egyeztetés alkalmával az alábbiakat állapították meg:

Szállító nyilatkozott arról, miszerint a Szállítási szerződés szerinti orvostechnológiai eszközöket beszerezte, melynek alapján a Szállítást a Szállítási szerződésben foglalt teljesítési határidőre az eszközök használatához kapcsolódó betanítással együtt teljesíteni képes.

Megrendelő előadta, hogy a Szállítás teljesítési helyeként megjelölt épület kivitelezése az előírt határidőben nem készült el. Az eszközök leszállítása, telepítése, üzembe helyezése, valamint a szükséges oktatás megtartása a Vadmadárgondozó épületének elkészültét követően lehetséges csak. A Szállítási szerződés határidőben történő teljesítése fentiek okán nem lehetséges.

3. Felek az egyeztetés során – különös figyelemmel arra, hogy a Szállító feladatát szerződésszerűen és határidőben teljesíteni tudná és a teljesítés rajta kívül álló okból nem lehetséges – az alábbiakban állapodtak meg:

Szállító saját kockázatára a beszerezett eszközöket a Szállítási szerződés hiánytalan teljesítéséig díjmentesen tárolja és őrzi addig az időpontig, amíg az eszközök teljesítési helyszínre történő leszállítása és beszerelése nem lehetséges. A Szállítás lehetséges időpontjáról a Megrendelő a Szállítót írásban értesíti. [...]"

„II. Szerződésmódosítás tárgya

1. Felek az Előzményekben foglaltak alapján a Szerződést közös akarat elhatározással az alábbiak szerint módosítják:

1.1. A Szerződés II.1. pontja az alábbiak szerint módosul:

„Jelen szállítási szerződés alapján Szállító kötelezettsége a Dokumentációban meghatározott eszközök **tárolása**, a Megrendelő írásbeli értesítése alapján azok teljesítési helyre történő leszállítása és átadása, az eszközök beszerelése, beüzemelése, illesztése, a szükséges műszaki csatlakozások kiépítése, csatlakoztatások telepítése, beszabályozása - továbbiakban együtt: Szállítás -.

Szállító az eszközök tárolását saját kockázatára végzi. Szállító ennek keretében köteles az eszközök biztonságos elhelyezését biztosítani, a megfelelő őrzésükről gondoskodni. Amennyiben a tárolás során az eszközökben hiány keletkezik, vagy az azokban bekövetkezett sérülés, hiba, károsodás a nem megfelelő tárolás következménye, úgy a teljes felelősség a Szállítót terheli.

Felek megállapodnak abban, hogy a Dokumentációban meghatározott eszközök tárolását követően a tárolási helyszínen közösen jegyzőkönyvet vesznek fel – továbbiakban: Tárolási jegyzőkönyv. **Felek a Tárolási jegyzőkönyvben rögzítik a Szállító által beszerezett eszközök listáját, tárolásuk helyszínét és a Szállító nyilatkozatát arra vonatkozóan, miszerint a tárolás helyszínén a Tárolási jegyzőkönyvben feltüntetett eszközök maradéktalanul megtalálhatóak.**

1.2. A Szerződés II.5. pontjának első bekezdése az alábbiak szerint módosul:

„**Teljesítés ideje:** A Szállító a **Megrendelő írásbeli értesítését követő legkésőbb három héten belül köteles** a Dokumentációban meghatározott eszközöket a teljesítési helyszínre leszállítani, beszerelni, illetve beüzemelni, és előre egyeztetett időpontban az eszközök oktatását, betanítását elvégezni. Megrendelő köteles a Szállítót olyan időben értesíteni, hogy feladatának jelen pont szerinti határidőben maradéktalanul eleget tudjon tenni.

1.3. A Szerződés IV.1. pontja az alábbiak szerint módosul:

„Felek rögzítik, hogy Szállító **2 darab számla** benyújtására jogosult az alábbiaknak megfelelően:

”

- **Részszámla:** a Szállítási díj 90%-áról, amely nettó 50.181.777,- Ft + ÁFA, azaz bruttó 63.730.857,- Ft a IV.2. pontban foglalt feltétel teljesülése esetén,
- **Végszámla:** a Szállítási díj 10 %-ról, azaz 5.575.753,- Ft + ÁFA, azaz bruttó 7.081.206,- Ft összegről a IV.2 pontban foglalt feltétel teljesülése esetén”

„2. Záró rendelkezések

1. Felek rögzítik, hogy jelen szerződésmódosítás a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. §-ban foglaltakat nem sérti, jelen szerződésmódosítás alapja a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja.”

9. A szerződésmódosításról 2020. szeptember 30. napján közzétett tájékoztató hirdetményben a módosítás indokát és jogalapját az ajánlatkérő a szerződésmódosítással azonosképpen jelölte meg.

10. Az ajánlatkérő a 2020. november 30. napján értesítette a kérelmezettet, hogy az eszközök teljesítési helyszínre történő leszállításának lehetősége megnyílt. Ezt követően 2020. december 11. napján került sor az eszközök leszállítására és az átadás-átvételi eljárásra. Az átadás-átvételtől készült jegyzőkönyv szerint az eszközök a rendeltetésszerű használatra, üzemeltetésre átadásra kerültek.

11. A Közbeszerzési Hatóság (továbbiakban: Hatóság) – figyelemmel a közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződések teljesítésének és módosításának Közbeszerzési Hatóság által végzett ellenőrzéséről szóló 308/2015. (X. 27.) Korm. rendelet (308/2015. Korm. rendelet) 4. §-ára, valamint az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (Ákr.) 103. § (1) bekezdésére – a tárgyi közbeszerzési eljárás felek által megkötött 2. sz. szerződés ellenőrzését rendelte el 2021. augusztus 26. napján. (T-02297/03/2021 iktatószámú végzés.) A Hatóság felhívta a feleket a közbeszerzési eljárás teljes iratanyagának megküldésére, és a szállítási szerződés teljesítésével, módosításával kapcsolatos adatszolgáltatásra, nyilatkozatok megtételére, amelynek a felek maradéktalanul eleget tettek. Az ellenőrzési eljárást lezáró jegyzőkönyv 2022. február 9. napján került kiállításra. Az ellenőrzés során tapasztaltak alapján a Közbeszerzési Hatóság Elnöke, mint hivatalbóli kezdeményező (a továbbiakban: kezdeményező) a jogorvoslati eljárást kezdeményezett.

A hivatalbóli kezdeményezés

12. A kezdeményező 2022. március 25. napján nyújtotta be a Döntőbizottság hivatalból indított eljárását kezdeményező iratot (a továbbiakban: kezdeményezés) a szállítási szerződés módosítása ellen. Az eljárás kezdeményezési jogosultsága körében hivatkozott a Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontjára. A kezdeményezésben ismertette a szerződés megkötésének és módosításának előzményeit (kitérve a kivitelezési szerződéssel való összefüggésre), továbbá megjelölte a kapcsolódó iratokat és a felek – a módosítással összefüggő – azokban tett nyilatkozatait.

13. A kezdeményezés első elemeként előadta, hogy álláspontja szerint az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 28. § (1) bekezdésében foglalt törvényi előírásokat.

Hivatkozott arra, hogy mindkét közbeszerzési eljárás eredményeként megkötött szerződés, azaz mind a kivitelezési munkák, mind az eszközbeszerzés megrendelője az ajánlatkérő volt. Ebből következően számára ismertnek kellett lennie azon körülménynek, hogy az eszközbeszerzésre irányuló közbeszerzési eljárás megindításakor – 2020. február 27. napján – a kivitelezési szerződésben vállalt kivitelezési munka készültségi foka ekkor még csak 40%-os volt. Az eszközbeszerzésre irányuló közbeszerzési eljárás megfelelő alaposságú előkészítése körében az ajánlatkérőnek kezelni kellett volna (pl. szerződéses technikai eszközökkel) a kivitelezés elhúzódásának kockázatát. Az ajánlatkérő az előkészítés során a szállítási szerződés aláírásának időpontját/hatályba lépésének napját, illetve a teljesítés időtartamát úgy határozta meg, hogy a teljesítés helyül szolgáló épület még nem állt rendelkezésre, amely eleve kétségesse tette, hogy a kérelmezett szerződés szerűen tud majd teljesíteni.

A fentiekre tekintettel az ajánlatkérő feltételezhetően megsértette a Kbt. 28. § (1) bekezdését azzal, hogy az előkészítés során nem kezelte az általa megrendelt kivitelezés és az orvostechikai eszközbeszerzés közötti szoros kapcsolat ellenére az általa az előkészítés idején ismert, a teljesítési hely rendelkezésre bocsátásának időbeli bizonytalanságából eredő kockázatokat.

14. A jogsértő esemény megtörténtének napjaként a kezdeményező a közbeszerzési eljárás megindítása napját, azaz 2020. február 27-ét, az arról való tudomásszerzés időpontjaként – a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján – a szerződés-ellenőrzési eljárás befejezésének, azaz 2022. február 9. napját határozta meg.

15. A kezdeményezés második elemeként előadta, hogy álláspontja szerint a szerződésmódosítás jogsértő, mivel nem felel meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja feltételeinek. Valamint e körben megjelölte a Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondatát, és ugyanezen bekezdés a) pontja második fordulójának sérelmét is.

16. Az ajánlatkérő a módosítás indokolásában előre nem látható körülményként azt értékelte, hogy a kivitelezési szerződés szerinti épület kivitelezése (egyben a szállítási szerződés szerinti szállítás teljesítési helye) az előírt határidőben nem készült el, holott mindkét szerződés az ő beruházása volt. A kezdeményező szerint ez nem volt olyan, a szerződés módosítására okot adó körülmény, amelyet az ajánlatkérő kellő gondosság mellett nem láthatott előre. Az ajánlatkérő 2020. február 27. napján, azaz a közbeszerzési eljárás megindításakor már tudomással bírt arról, hogy a kivitelezési szerződés kivitelezése határidőre, 2020. február 17. napjára nem készült el. Az is ismert tény volt számára, hogy a szállítási szerződés kérelmezett általi teljesítéséhez az eszközök/berendezések elhelyezésére szolgáló vadmadár kórház épületének rendelkezésre kell állnia, vagyis a kivitelezési szerződés megvalósulása előfeltétele volt a szállítási szerződés tárgya szerinti szállítás teljesíthetőségének.

17. A kezdeményező szerint a kivitelezés előírt határidőn túli, késedelmes megvalósulása okán az ajánlatkérőnek számolnia kellett volna azzal az eshetőséggel, hogy nem lesz tartható a szállítási szerződés teljesítési határideje. Ezen ismert körülmények ellenére azonban az ajánlatkérő a szállítási szerződés teljesítési határidejét úgy állapította meg, hogy a 90 napos időtartam a szerződéskötéssel nyílt meg, és nem a megelőző kivitelezés elkészültéhez igazodott.

Figyelemmel az építési beruházás és az árubeszerzés közötti szoros kapcsolatra, a projektek egymásra utaltságának okán a kivitelezés elhúzódása – a szerződő felek esetleges felróhatóságától függetlenül – mindenképpen kihatott a szállítási szerződés határidőben történő teljesítésére. A kezdeményező szerint jelen tényállás esetében az előkészítést és az előre nem láthatóságra alapított szerződésmódosítás jogszerűségét egymás viszonylatában kell vizsgálni. A Kbt. 28. § (1) bekezdésének megsértése szükségszerűen a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja megsértésének megállapíthatóságát eredményezi. A projektek közötti összefüggés, valamint a kivitelezés késedelme az ajánlatkérő által ismert körülmény volt, e körben az előre nem láthatóság nem állt fenn, amelynek okán a szerződésmódosítás jogsértő.

18. A kezdeményező vizsgálta a szerződésmódosítás jogszerűségét a Kbt. 141. § (6) bekezdésben foglalt szempontjából is. Ennek alapján a közbeszerzési szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. A szerződés módosítása lényeges, ha egyrészt a módosított szerződéses feltétel az eredeti szerződéses feltételtől lényegesen eltér, másrészt érdemi. A Kbt. 50. § (2) bekezdés g) és i) pontja alapján a szerződés időtartama, a teljesítési határidő és az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételei lényeges és érdemi szerződéses feltételek. Az eredeti teljesítési időtartam a szerződésben 90 nap volt, a kérelmezett egy számla benyújtására volt jogosult. A módosítás eredményeként a teljesítés időtartama jelentősen megnövekedett és a kérelmezett egy számla helyett a szállítási díj 90%-áról részszámlát állíthatott ki. Mindezek a módosítások lényeges, érdemi módosításnak tekintendők, ezért a módosítás a Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglalt feltételeknek nem felel meg.

A kezdeményező álláspontja szerint e körülmények önmagában megvalósítják a Kbt. 141. § (6) bekezdés sérelmét, az a)-c) pontok megvalósulását külön igazolni nem kell. Ha mégis, a módosítás az a) pontban foglaltakat sérti.

19. A jogsértő esemény megtörténtének napjaként a kezdeményező a szerződésmódosítás napját, azaz 2020. szeptember 22-ét, az arról való tudomásszerzés időpontjaként – a Kbt. 154. § (4) bekezdése alapján – a szerződés-ellenőrzési eljárás befejezésének, azaz 2022. február 9. napját határozta meg.

20. A kezdeményező harmadik kezdeményezési elemként a Kbt. 142. § (1) bekezdés megsértését jelölte meg. E bekezdés előírja, hogy az ajánlatkérő a szerződés teljesítése során figyelemmel kövesse a szerződéses kötelezettségek teljesítését és dokumentálja a teljesítéssel összefüggő adatokat, a szerződésben foglaltaltól való eltérés okait. A rendelkezés a jogalkotói célját csak akkor töltheti be, ha az ajánlatkérő bárki számára átlátható módon a teljesítés körülményeit naprakészen dokumentálja. A dokumentálási kötelezettség összhangban van és megerősíti a Kbt. 46. § (1)-(2) bekezdésében foglalt rendelkezéseket, miszerint az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását annak előkészítésétől az eljárás alapján kötött szerződés teljesítéséig köteles dokumentálni és az iratokat megőrizni.

A szerződésmódosításban rögzítésre került, hogy a szállítás teljesítési helyeként megjelölt épület kivitelezése az előírt határidőben nem készült el, így az ajánlatkérő nem tudta a kérelmezett rendelkezésére bocsátani a teljesítés helyszínét. Dokumentumokkal azonban nincs alátámasztva, hogy a felek által hivatkozott körülmény hogyan alapozza meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára alapított szerződésmódosítás jogszerűségét. A kezdeményező szerint, ha a felek a kivitelezési késedelemre hivatkoztak a szerződésmódosítás indoklásában, akkor ezt az indokot, annak előre nem láthatóságát dokumentumokkal igazolni szükséges. Ezen dokumentumok hiányában ténylegesen nem vizsgálható, hogy a szerződésmódosításban megjelölt jogalap feltételei fennállnak-e.

A szerződésmódosítás jogszerűsége nem került dokumentumokkal alátámasztásra, amelyre tekintettel az ajánlatkérő feltételezhetően megsértette a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerinti dokumentálási kötelezettséget.

21. A jogsértő esemény megtörténtének napjaként a kezdeményező a szerződésmódosítás napját, azaz 2020. szeptember 22-ét, az arról való tudomásszerzés időpontjaként – a Kbt. 153. § (4) bekezdése alapján – a szerződés-ellenőrzési eljárás befejezésének, azaz 2022. február 9. napját határozta meg.

22. A kezdeményező az előadottak alapján kezdeményezésében indítványozta, hogy a Döntőbizottság állapítsa meg a feltételezett jogsértéseket, és a felekkel szemben szabjon ki bírságot.

23. A kezdeményező további észrevételében kifejtette, hogy álláspontja szerint az ajánlatkérői észrevételében nem kerültek megjelölésre olyan új indokok, amelyekre figyelemmel a közbeszerzési eljárás megfelelő alaposággal történő előkészítése igazolható lenne. Kiemelte, nem azt kifogásolta a közbeszerzési eljárás előkészítésével kapcsolatban, hogy az ajánlatkérőt a beszerzés tárgyára tekintettel terheli mulasztás az előkészítés körében. És arra sem utalt, hogy az ajánlatkérő csak abban az esetben indíthatta volna meg a közbeszerzési eljárását, amennyiben a teljesítési helyszín kivitelezése 100%-ban kész lett volna. A kezdeményező a feltételezett jogsértést abban látja, hogy az ajánlatkérő az eszközbeszerzésre irányuló közbeszerzési eljárás előkészítése során nem kezelte megfelelően a kivitelezés elhúzóadásának kockázatát, azaz az eszközbeszerzésre irányuló közbeszerzési eljárást úgy készítette elő és úgy indította meg, továbbá a szállítási szerződés hatályba lépésének napját, illetve a teljesítés időtartamát úgy határozta meg, hogy az nem került összehangolásra a teljesítés helyéül szolgáló épület rendelkezésre állásával.

24. Ajánlatkérő észrevételében kijelentette, hogy a teljesítés helyének 40%-os készültségi foka ellenére joggal bízott abban, hogy a szállítási szerződés teljesítési határidejére az épület elkészül. Azonban dokumentumokkal alátámasztottan továbbra sem igazolta, hogy a szerződés teljesítése/teljesíthetősége tekintetében valamennyi, már a közbeszerzési eljárás előkészítésekor ismert körülményt – a későbbi szerződésmódosítás elkerülése érdekében - megfelelő alaposággal mérlegelte volna. Kiemelte, hogy a kivitelező eleve nem a terv szerint haladt. Az ajánlatkérő által hivatkozott 40 %-os készültség tehát olyan időpontban állt fenn, amikor a kivitelezőnek a rá vonatkozó szerződés mellett már teljesítenie kellett volna. Az elvárt készültségnek ebben az időpontnak a 100%-os megvalósulás felelt volna meg, azaz a kivitelező az eszközbeszerzési eljárás megindításakor eleve jelentős – a kivitelezés műszaki tartalmának 60 %-át kitevő – késedelembe volt. Ilyen körülmények, előzmények mellett, a két projekt egymásra épülése okán az ajánlatkérő mindenképpen számolhatott a két projekt összehangolásának szükségességével.

Az ajánlatkérő előtt ismert körülmény volt, vagy legalábbis kellő gondossággal eljárva ismert körülmény kellett volna, hogy legyen a kivitelezés elhúzóadásának lehetősége, mely már valószínűsíthette volna a szállítási Szerződés módosításának szükségességét, ajánlatkérő ugyanis éppen hogy nem bízhatott joggal abban, hogy a kivitelezés a szállítás teljesítésének időpontjára készen lesz.

25. A kezdeményező megjegyezte, hogy az ajánlatkérői álláspont érdemi alátámasztására a keltezés és aláírás nélküli, a kivitelezői késedelem kimentésére előterjesztett indokokhoz kapcsolódó műszaki ellenőri véleményt tartalmazó word dokumentum nem alkalmas. Hasonlóképpen a Székesfehérvár Megyei Jogú Város Önkormányzat Közgyűlése Pénzügyi,

Költségvetési, Jogi Bizottságának 124/2021. (IX. 23.) számú határozat mellékletének 18. oldalán hivatkozott szóbeli megállapodás, mely alapján a vállalkozó vállalta, hogy a kivitelezést 2020. május 31. napi határidővel teljesíti.

Megemlítette még, hogy a szerződésmódosításról szóló 17593/2020 iktatószámú hirdetmény szerint a szállítási szerződés módosítására azért került sor, mert a „szállítás teljesítési helyeként megjelölt épület kivitelezése az előírt határidőben nem készült el”, amely kapcsán hivatkozott a Kúria Kfv.VI.37.948/2019/5. számú ítéletének [25] pontjára.

26. A Kbt. 141. § (6) bekezdés sérelme kapcsán utalt rá, hogy a szerződésmódosítás a számlázás rendjét és a teljesítési határidőt is érintette. A jogszabályhely alapján a közbeszerzési szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges. Mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A szerződés időtartama, a teljesítési határidő és az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételei lényeges, érdemi feltételek, amelyeket az eljárást megindító felhívásban ajánlatkérőnek rögzíteni kell. A kezdeményező szerint erre tekintettel szükséges annak vizsgálata, hogy a módosított feltételek lényegesnek tekinthetők-e, függetlenül attól, hogy a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti jogalpra a szerződő felek hivatkoztak-e. A következetes döntőbizottsági és bírósági gyakorlat alapján a Kbt.-ben meghatározott jogalapok fennállta ténykérdés, amennyiben a módosítás bármely jogalponak megfelel, az nem lehet jogellenes.

27. Az ajánlatkérő téves következtetést vont le továbbá a Kbt. 142. § (1) bekezdése szerint ellenőrzési és dokumentálási kötelezettség feltételezett megsértése tekintetében. A kezdeményező a jogsértést nem a kivitelezési szerződés teljesítésének ajánlatkérői ellenőrzésére és dokumentáltságára alapozta, hanem arra, hogy a szállítási szerződés módosításának jogszerűsége nem került dokumentumokkal alátámasztásra.

Az ajánlatkérő észrevétele

28. Az ajánlatkérő 2022. április 4. napján, a kezdeményezésre tett észrevételében, annak első elemére előadta, hogy álláspontja szerint a beszerzés tárgyára tekintettel a közbeszerzés előkészítését megfelelő módon végezte el. A jelen közbeszerzési eljárás megindítását megelőzően a beszerzendő és leszállítandó orvosi eszközök műszaki tartalmának meghatározása és szállítási feltételeinek összeállítása szakértő bevonásával történt. A teljesítés helyszíne (a Vadmadárkórház) az előkészítés idején még kivitelezés alatt állt. A beszerzendő eszközök egy része leszállítást és átadást, más része beszerelést és beüzemelést, illesztést, a szükséges műszaki csatlakozások kiépítését, csatlakoztatások telepítését, valamint besabályozást is igényelt. Természetszerűleg ezen eszközök esetében elengedhetetlen volt a teljesítés helyszínének rendelkezésre állása. Ugyanakkor az ajánlatkérő joggal bízott abban, hogy az eljárás eredményeként megkötésre kerülő szállítási szerződés teljesítési határidejére az épület elkészül. Az eljárás előkészítésekor és megindításakor az épület műszaki készültségi szintje még 40%-on állt. Azonban a műszaki ellenőrrrel és az építési vállalkozóval történt egyeztetések, valamint a vállalkozói nyilatkozat alapján a kivitelezendő épület 2020. május 31. napjára tervezetten és reálisan elkészült volna. (Ezen állítása alátámasztására csatolta a műszaki ellenőri nyilatkozatot.)

29. Az ajánlatkérő határozott álláspontja szerint – figyelemmel az eljárás lefolytatásának időigényére, a szerződéskötési kötelezettség törvényi időtartamára és a 90 napos teljesítési határidőre is – a kivitelezés reálisan kalkulált befejezése nem veszélyeztette a szállítási szerződés teljesítését. A kezdeményezőnek téves azon következtetése, hogy megsértette volna

a Kbt. 28. § (1) bekezdését az árubeszerzésre irányuló eljárás előkészítésekor és az eljárás megindításának napján, azáltal hogy a teljesítés helyéül olyan épületet jelölt meg, amely még nem állt készen az előkészítéskor, és ezzel eleve kétségessé tette a szerződésszerű teljesítést. Más ezen kérdésnek a megítélése utólag, nyilván ha az ajánlatkérő tudta volna, hogy a kivitelezés nem készül el a tervezett határidőre, akkor a szállításra vonatkozó eljárás feltételeit is másképpen határozta volna meg, hogy a későbbiekben elkerülje a szerződésmódosítást.

A kezdeményező érvelése alapján akkor lett volna megfelelő az előkészítés, ha az épület 100%-ban készen lett volna, amely azonban adott esetben lehetetlenné tette volna a komplex projekt támogatási szerződés szerinti határidőben történő végrehajtását.

Az ajánlatkérő álláspontja szerint az eljárása megfelelt a Kbt. 28. § (1) bekezdésben foglalt törvényi előírásoknak. Az eljárás előkészítését megfelelő módon elvégezte el 2020. februárjában, a kivitelező késedelme nem volt előre látható a legnagyobb körülmények mellett sem.

30. A második kezdeményezési elem vonatkozásában visszautalt arra, hogy az eljárás előkészítésekor, azaz 2020. februárjában joggal bízott abban, hogy az épület kivitelezése a szállítás teljesítésének időpontjára készen lesz, tehát amikor a jelen közbeszerzési eljárást lefolytatta, majd a szerződést megkötötte, nem volt tudomása afelől, hogy az épület mégsem készül el majd határidőre. Az épület készültségi foka 2020. június 17. napján, amikor a szállítási szerződése megkötésre került, már 90%-os volt. A kivitelezésre vonatkozó készültségi állapot 2020. június 5. napján dokumentáltan, a leigazolt teljesítés alapján került megállapításra. Tehát a műszaki szakmai álláspont alapján az épület elkészültére reális esély volt.

31. A kivitelezéssel kapcsolatos dokumentumokból is kiviláglik, hogy ajánlatkérői mulasztás nem történt, hiszen az ajánlatkérő a kivitelezővel folytatott egyeztetések és erőfeszítések eredményeként a szállítási szerződés teljesítési helyszínéül is érintett kivitelezés mielőbbi befejezését sürgette. A kivitelezéssel kapcsolatosan gondosan járt el, hiszen a műszaki ellenőreinek és műszaki szakmai részlegeinek keresztül napi szinten tartotta a kapcsolatot a kivitelezővel, hogy a kivitelezés elkészüljön. A Vadmadárkórház kivitelezése tárgyában két eredménytelen közbeszerzés eljárás után tudott csak eredményes eljárás eredményeképpen vállalkozási szerződést kötni. Az ebben meghatározott teljesítési határidőn belül azonban a vállalkozó nem végezte el a kivitelezési munkákat. A 2019-20-ban kialakult építőipari dömpingre, majd a Covid által okozott helyzetre tekintettel gazdaságilag nem volt ésszerű a szerződést felmondani, és a félkész épület befejezésére új vállalkozót kiválasztani. Egy újabb eljárás lebonyolítása is jelentős időigénnyel járt volna, éppen ezért az ajánlatkérő tőle telhető gondossággal kívánt eljárni mind a kivitelezés, mind az árubeszerzés tekintetében.

32. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja esetén nem kell vizsgálni azt, hogy a módosítás lényeges-e, hanem első lépésként az előre nem láthatóság vizsgálendő, Az ajánlatkérő ezt megtette a módosítás jogalapjának kiválasztásakor. Figyelemmel arra, amire az első kezdeményezési elem tekintetében hivatkozott, az alátámasztja azt, hogy nem láthatta előre, hogy a kivitelezés nem készül el a szállítási szerződésben foglalt teljesítési határidő leteltéig. Határozott álláspontja továbbra is az, hogy nem járt el törvénysértő módon azáltal, hogy az orvosi eszköz beszerzése tárgyú eljárást még azelőtt megindította, hogy a kivitelezés nem készült el 100%-ban, hiszen a tőle telhető módon a kivitelezés befejezését szorgalmazta. Ennek ellenére nem láthatta előre, hogy a vállalkozó által két alkalommal (2020. január 21 és 2020. február 14.) lenyilatkozott határidőt mégsem fogja tudni tartani.

33. A kezdeményező azon felvetésére, miszerint megsértette volna a Kbt. 141. §-ának (6) bekezdésének rendelkezéseit is, ajánlatkérő kiemelte, hogy a 2020. szeptember 22. napján megkötött szállítási szerződésmódosításának jogalapjaként a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontját jelölte meg. A kezdeményező által a Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata megsértésére vonatkozó okfejtéssel kapcsolatban előadta, hogy az eleve értelmetlen, tekintve, hogy a felek szándéka nem terjedt ki ezen jogalap alkalmazására. Tekintettel arra, hogy ezt az ajánlatkérő nem alkalmazta, így nem is követhetett el jogsértést.

34. Az ajánlatkérő további kifejezett álláspontja az, hogy a szerződésmódosítás következtében még érdeksérelem sem következhetett be semelyik gazdasági szereplő számára sem, hiszen a részszámla biztosításával nem jutott előnyösebb helyzetbe a nyertes ajánlattevő, hiszen tényleges részteljesítés tartozott a számlabenyújtás lehetőségéhez, sőt még hátrányosabb helyzetbe is került azáltal, hogy saját költségére tárolta az általa beszerzett eszközöket a leszállítás idejéig.

35. A harmadik kezdeményezési elemre reagálva hivatkozott rá, hogy a szerződés teljesítésének és módosításának ellenőrzése során a kivitelezés teljesítésével kapcsolatos teljes dokumentációt dokumentáltan és ellenőrizhetően az EKR-en keresztül, valamint hivatali kapun keresztül is megküldte. A 2021. december 6. napján a kezdeményező részére is rendelkezésre bocsátott dokumentumokból egyértelműen megállapítható, hogy az ajánlatkérő folyamatosan és tényszerűen dokumentálta a kivitelezés folyamatát. Ennek keretében az elektronikus építési naplóba, valamint a megküldött felszólításokban is felhívta a kivitelező figyelmét a nem szerződészerű teljesítésre, így különösen a késedelemre. A szerződés teljesítésére vonatkozó, EKR-ben rögzített adatokból is egyértelműen megállapítható, hogy a kivitelezővel szemben a kötbér tekintetében a jogait érvényesíteni kívánja, a kötbér érvényesítése jelenleg is folyamatban van.

36. További észrevételében az ajánlatkérő fenntartotta, hogy az eljárása körültekintően előkészített volt. A kezdeményezővel szemben úgy vélte, ha a szállítási szerződés teljesítési határidejét nem konkrét időponttal határozta volna meg, akkor az éppen kiszámíthatatlanná tette volna a teljesítési határidőt a szállítás esetében. A közbeszerzési eljárás előkészítési szakaszában a kivitelezés 40%-on állt, az eljárás megindításakor 50%-on. Számolt azzal – figyelembe véve a közbeszerzési eljárás lefolytatásának időigényét, a szerződéskötést követő teljesítési határidőt, és a kivitelezés ütemterv szerinti előrehaladását –, hogy a szállítási szerződés teljesítése reálisan lehetséges lesz, azaz addigra elkészül a kivitelezés. Ennek alátámasztásaként csatolta a műszaki ellenőr nyilatkozatát, az állapotfelmérés jegyzőkönyvét, teljesítésigazolást. Az eljárás ajánlattételi szakaszában a kivitelezés előrehaladása megfelelő ütemben és jól haladt, továbbá az időjárási körülmények is megfelelőek és alkalmasak voltak arra, hogy a kivitelezés a kellő időben elkészüljön. Ezt bizonyítja az is, hogy a szállítási szerződés megkötésének idején a kivitelezés 90%-on állt. (Csatolta az ezt tanúsító teljesítésigazolást.)

Amennyiben úgy ítélte volna meg, hogy a kivitelezés nem lesz kész időben, az ajánlattételi határidő lejártáig a felhívásának visszavonásáról rendelkezett volna.

37. Hivatkozott arra, hogy a kivitelező 2020. február 13. és 14. napján benyújtott kérelmében a kivitelezés teljesítésének időpontjául 2020. május 31. napját jelölte meg. A szállítási szerződés aláírásának előkészítésekor igazoltan 90%-os készültségen állt a kivitelezés. Az ütemterv szerint a hátralévő befejező munkák időigénye mindemellett ténylegesen legfeljebb már csak 3 hét volt. A szállítási szerződés aláírásának dátuma 2020. június 17. napja volt. A szállítási szerződés ettől számított 90 napon belül kellett teljesíteni.

Az előkészítettség alátámasztására csatolta a Beruházási Iroda vezetője nyilatkozatát, műszaki ellenőri nyilatkozat, amelyek azt igazolják, hogy a szállításnak a felhívás szerinti teljesítési határidőben nem volt akadálya, még akkor sem, ha a szerződés megkötésekor még teljesen nem volt kész a kivitelezés.

Az ajánlatkérő szerint a kezdeményező a fenti tényeket és alátámasztásukra szolgáló iratokat figyelmen kívül hagyta. Az ajánlatkérő a műszaki ellenőrök bevonásával történő egyeztetések és a kivitelező teljesítéssel kapcsolatos vállalásai alapján reálisan mérte fel a kivitelezés idejét. Határozott álláspontja, hogy akkor nem járt volna el körültekintően, ha olyan teljesítési határidőt határozott volna meg a gazdasági szereplők, majd a nyertes szállító részére, mely előre nem meghatározható, és amelyre a feleknek nincs érdemi ráhatása.

38. A szállítási szerződés módosításának szükségességéhez olyan külső és objektív okok vezettek, amelyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal sem láthatott előre. Valóban mind a két eljárás az ajánlatkérő által került lefolytatásra és ezek eredményeként a szerződések megkötésre, de a szerződésmódosításra nem az eljárásának előkészítetlensége okán kényszerült. A módosítás szükségességéhez az a körülmény vezetett, hogy a kivitelezés – az ajánlatkérő körültekintő eljárása és közbenjárása ellenére sem – készült el a vállalt határidőre. E körülmény így külső és objektív ok miatt alakult ki, és az ajánlatkérőnek semmilyen eszköze nem volt a kivitelező kényszerítésére. Az eljárás előkészítésekor és még a szerződés megkötésekor is joggal bízott abban, hogy a teljesítés helyeként szolgáló épület határidőre elkészül.

39. A szállítási szerződés módosítása bizonyítottan kizárólag az eszközök telepítése, üzembe helyezése valamint a szükséges oktatás megtartása idejét változtatta meg. Maguknak az eszközöknek a beszerzése már – határidőben – megtörtént. Ez a változás a szolgáltatás elenyésző része teljesítési határidejét érintette csak, amelyhez igazodóan volt szükség a fizetési feltételek módosítására. Ez szintén csak az eszközök telepítéséhez, üzembe helyezéséhez, oktatáshoz kapcsolódott. A módosítás ezért nem minősül lényegesnek: az eredetileg meghatározott határidőre beszerzésre kerültek az eszközök, és kifizetésre került az arányos díj. A teljesítési határidő módosítása és a részszámlázás lehetősége tehát nem eredményezett gazdasági előnyt a szállító oldalán. Mindemellett a szállító ingyenesen vállalta az eszközök tárolását, mivel a tényleges árubeszerzést az ajánlatkérő a 90%-os részszámla megfizetésével elismerte. A díj 10%-át – mely arányos volt a fennmaradó leszállítás, üzembe helyezés, oktatás stb. költségével - később fizette meg. A teljesítési határidő eltolása sem értelmezhető a teljesítési határidő teljes megváltoztatásaként, hiszen a szállító részéről az áruk bizonyítottan határidőre hiánytalanul beszerzésre kerültek, azaz a szállítási szerződés túlnyomórészt teljesítésre került.

40. Végül ajánlatkérő álláspontja szerint a szállítási szerződés módosításának körülményei és a szállítás teljesítése is tényszerűen és dokumentumokkal került dokumentálásra. A jelen eljárás során azt kellett dokumentumokkal alátámasztani, hogy a kivitelezés határidőre nem készült el. Ezt támasztják alá a kezdeményező részére csatolt építési napló kivonatok, egyeztetések, levelezések is. A szerződésmódosításhoz szükséges egyeztetés szintén jegyzőkönyv útján dokumentálásra került. A dokumentálásra vonatkozó iratok és dokumentumok 2021. december 6-án szintén megküldésre kerültek a kezdeményező részére.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

41. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő 2020. február 27. napján indította meg a tárgyi közbeszerzési eljárását, ezért a kezdeményezés érdemi elbírálására a Kbt. ezen

időpontban hatályos rendelkezéseit, míg a jogorvoslati eljárásra a kezdeményezés benyújtásának – 2022. március 25. – napján hatályos rendelkezéseket kellett alkalmazni.

42. A Döntőbizottság előrebocsátja, hogy a kezdeményezési elemeket a kezdeményezésben foglalt sorrendtől eltérve vizsgálta, azaz elsőként a szerződésmódosítás jogszerűségét tette vizsgálat tárgyává. Amennyiben ugyanis annak minden jogszabályi feltétele adott volt, a további kezdeményezési elemek vizsgálata okafogyott.

A Döntőbizottságnak elsőként tehát abban a kérdésben kellett döntést hoznia, hogy a szerződő felek szerződésmódosítása megfelelt-e a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont rendelkezéseinek.

43. 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. 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. 1. § (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 Ptk.:

„1:3. § [A jóhiszeműség és tisztesség elve]

(1) A jogok gyakorlása és a kötelezettségek teljesítése során a felek a jóhiszeműség és tisztesség követelményének megfelelően kötelesek eljárni.”

„1:4. § [Az elvárható magatartás elve. Felróhatóság]

(1) Ha e törvény eltérő követelményt nem támaszt, a polgári jogi viszonyokban úgy kell eljárni, ahogy az az adott helyzetben általában elvárható.”

„6:58. § [A szerződés]

A szerződés a felek kölcsönös és egybehangzó jognyilatkozata, amelyből kötelezettség keletkezik a szolgáltatás teljesítésére és jogosultság a szolgáltatás követelésére.”

„6:62. § [Együttműködési és tájékoztatási kötelezettség]

(1) A felek kötelesek a szerződéskötési tárgyalások alatt, a szerződés megkötésénél, fennállása alatt és megszüntetése során együttműködni és tájékoztatni egymást a szerződést érintő lényeges körülményekről.”

Az építőipari kivitelezési tevékenységről szóló 191/2009. (IX. 15.) Korm. rendelet 24. § (1)-(2) bekezdése értelmében az építőipari kivitelezési tevékenység végzéséről építési naplót kell vezetni. Az építési napló az építőipari kivitelezési tevékenység megkezdésétől annak befejezéséig vezetett, hatósági és bírósági eljárásban felhasználható dokumentáció. Az építési napló időrendben tartalmazza a szerződés tárgya szerinti építőipari kivitelezési tevékenység, illetve az építési-szerelési munkák adatait, továbbá a munka menetére, megfelelőségére és dokumentumaira vonatkozó vagy az elszámoláshoz szükséges jelentős tényeket.

44. 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 szerinti feltételek jogszerű alkalmazhatósága abban az esetben vizsgálendő, amennyiben a szerződésmódosítás lényeges.

45. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság először a szerződésmódosítás lényeges minősége kérdésében foglalt állást. Ennek kapcsán a Döntőbizottság előre bocsátja, hogy a felek sem a szerződésmódosításban, sem a módosításról szóló tájékoztató hirdetményben nem hivatkoztak módosítási jogalapként a Kbt. 141. § (6) bekezdésére. A szerződésmódosítást a felek kizárólag a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára alapították.

A Döntőbizottság rámutat, hogy a szerződésmódosításnak nem kell egyidejűleg valamennyi szerződésmódosítási feltételnek megfelelnie. Szükséges, de egyben elégséges is, ha a módosítás legalább egy olyan jogalponak megfelel, amelyet a Kbt. a 141. §-ában nevesít. Ha a felek által megjelölt jogalponak a módosítás egyébként nem felel meg, a Döntőbizottság irányadó gyakorlata szerint a közbeszerzés eredményességének védelme érdekében megvizsgálja, hogy a szerződésmódosítás bármely másik Kbt. szerinti jogalponak megfelel-e. Nem állapítható meg jogsértés olyan Kbt. szerinti szerződésmódosítási jogalap feltételeinek hiánya miatt, amelyre a felek a szerződésmódosításkor maguk sem hivatkoztak. A Döntőbizottság a módosítás Kbt. 141. § (6) bekezdésnek való megfelelőségét ezért ennek tükrében vizsgálta meg, tekintettel arra is, hogy a kezdeményezésben a kezdeményező önálló kezdeményezési elemként maga sem kérte elbírálni.

46. 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) pontja a szerződés időtartamát, a teljesítési határidőt és az ellenszolgáltatás teljesítésének feltételeit olyan lényeges, érdemi feltételnek minősíti, amelyeket az eljárást megindító felhívásban az ajánlatkérőnek rögzíteni kell. Az ajánlatkérő mindezeket a felhívás II.2.7. és III.1.7. pontjaiban (szerződés időtartama, ellenszolgáltatás teljesítésének feltételei) meg is tette. A szerződés időtartama (szerződés aláírásától számított 90 nap) és az ellenszolgáltatás kifizetésének feltételei (részszámlázás kizárása) tehát a közbeszerzési szerződés lényeges, érdemi feltételei voltak. A rendelkezésre álló iratok szerint a felek a szerződést 2020. június 17. napján kötötték meg, amit ettől számított 90 napon belül – azaz 2020. szeptember 15. napjáig – kellett teljes körűen teljesíteni (azaz beszerzés, leszállítás, beüzemelés, oktatás). A szerződésmódosítással az eredeti teljesítési határidőt az ajánlatkérő értesítésétől számított 3 hétre módosították. Az ajánlatkérő 2020. november 30. napján értesítette a kérelmezettet, így az új teljesítési határidő 2020. december 21. napja lett. A szerződésmódosítással tehát a szerződés eredetileg 90 napos időtartama 96 nappal növekedett meg. A teljesítési határidő ilyen mértékű – közel duplájára történő – meghosszabbítása egyértelműen lényeges módosításnak minősül. Mindemellett a módosítással egy számla helyett a kérelmezett két részszámla kiállítására lett jogosult, azaz szintén egy lényeges, érdemi szerződéses feltétel változott meg. Minderre figyelemmel a szerződésmódosításra a Kbt. 141. § (6) bekezdése szerinti jogalapot nem lehet alkalmazni.

47. A Döntőbizottság ezek után megvizsgálta, hogy a szerződésmódosítás megfeleltethető-e a Kbt. 141. § (2) bekezdése szerinti jogalpnak. A hivatkozott szerződésmódosítási jogcím kizárólag az ellenérték növekedése okán teszi lehetővé a szerződésmódosítást. Jelen ügyben a felek szerződésmódosítása nem irányult az ellenérték növelésére, ezért a módosításra a Kbt. 141. § (2) bekezdése szerinti jogalap sem alkalmazható.

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

49. 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 által eszközölt módosítások a szerződés általános jellegét nem változtatták meg, továbbá nem irányultak az ellenérték megváltoztatására sem, így a Kbt. 141. § (4) bekezdés cb) és cc) pontja szerinti feltételek eleve nem bírtak relevanciával. A Döntőbizottságnak a továbbiakban ezért csak 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.

51. 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 – általa, kellő gondossággal eljárva – előre nem láthatóak, másrészt szükségessé teszik a szerződésmódosítást.

52. A Döntőbizottság elsőként az ajánlatkérő által megjelölt körülmények általa kellő gondosság tanúsítása melletti előre nem láthatóságát vizsgálta meg.

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 ajánlatkérővel szemben elvárt gondosság mellett – a beszerzés körülményeinek ismeretében – nem is számíthatott. Az ajánlatkérőnek ezen körülményeket megfelelően igazolnia kell.

Jelen ügyben tehát az volt a vizsgálandó kérdés, hogy a szállítási szerződés megkötése előtti időszakban merült-e fel az a körülmény, amelyet az ajánlatkérő a szerződésmódosítás okaként megjelölt. Másrészt, hogy ez olyan körülmény volt, amelyet előre nem láthatott, azaz arra befolyása nem volt, azaz a szerződésmódosítást a kellő gondossággal előkészített közbeszerzés ellenére sem lehetett megelőznie.

53. A Döntőbizottság megvizsgálta a rendelkezésére álló dokumentumokat, adatokat és információkat, valamint a szerződésmódosításhoz vezető okokat, és a felek ezzel kapcsolatban tett nyilatkozatait. Ezek alapján a következők állapíthatók meg.

54. A szerződésmódosítás fő okaként a felek a kivitelezési szerződés teljesítésének késedelmét jelölték meg. E szempontból az ajánlatkérő lényeges körülményként jelölte meg, hogy a szállítási szerződés teljesíthetősége közvetlen összefüggésben állt a kivitelezési szerződéssel. A szállítási szerződés teljesítése – eszközök beszerzése, leszállítása, beszerelése, beüzemelése, oktatás – ugyanis feltételezte a kivitelezés (azaz a telepítendő eszközöket fogadó épület) befejezését. Eredetileg a kivitelezési szerződés teljesítési határideje 2020. február 17. napja lett volna. A kivitelezést végző vállalkozó azonban nem haladt ütemterv szerint, a teljesítéssel késlekedett, ezért kérte a határidő 2020. május 31. napjára történő módosítását. Ehhez az ajánlatkérő nem járult hozzá, és a késedelmes teljesítésre tekintettel kötbérigényt érvényesített a kivitelezővel szemben. Ezzel párhuzamosan készítette elő az ajánlatkérő a jelen közbeszerzést, és indította meg az eljárás 2020. február 27. napján, majd kötöttek szerződést a kérelmezettel 2020. június 17. napján, amelynek teljesítésére 2020. szeptember 15. napjáig kellett volna sort keríteni. A kivitelezési szerződés vállalkozója azonban nem tudta tartani az egyébként általa javasolt – de az ajánlatkérő által el nem fogadott – teljesítési határidőt sem, és a kivitelezés végül 2020. október 29. napján valósult meg teljes körűen. Az ajánlatkérő és a kérelmezett 2020. szeptember 4. napján egyeztettek a szállítási szerződés módosításának szükségességéről, figyelemmel a kivitelezés késedelmére, és 2020. szeptember 22. napján módosították a szerződést, többek közt a teljesítési határidő tekintetében. A módosított határidő immár a kivitelezés befejezéséhez igazodott, tehát nem egy bizonyos konkrét időpontot határoztak meg a felek, hanem az ajánlatkérő értesítése napjától számított 3 hét állt a szállítási szerződés teljesítésére. A kérelmezett az eszközök beszerzését, és – saját költségére történő – betárolását ekkor már elvégezte, lényegében a beszerelés, beüzemelés, oktatás, és az egyéb kapcsolódó szolgáltatások teljesítése volt hátra.

55. A Döntőbizottság elsőként rögzíti, hogy számára sem volt kérdéses a két közbeszerzési eljárás közvetlen kapcsolata, illetve az egyes szerződések teljesítésének egymástól való függősége. Egyértelműen megállapítható, hogy a kivitelezési szerződés teljesülése előfeltétele volt a szállítási szerződés teljesíthetőségének. E tekintetben sem a kezdeményező, sem az ajánlatkérő nem adott elő más álláspontot, e tényt maguk sem vitatták. A Döntőbizottság kétségtelenül megállapította továbbá, hogy a felek által megjelölt szerződésmódosítási körülmény – a kivitelezési szerződés vállalkozójának késedelme, emiatt a szállítási szerződés teljesítési helye kivitelezésének hiánya – egyértelműen a szerződéskötést megelőzően felmerülő körülmény volt. A kivitelezési szerződést ugyanis 2020. február 17. napjáig kellett volna a kivitelezőnek teljesítenie, amelyre ez időpontban bizonyíthatóan nem került sor. Mindebből következik, hogy a közbeszerzési eljárás megkezdése napján 2020. február 27. napján tényszerűen nem voltak alkalmasak a körülmények arra, hogy a közbeszerzési eljárás leendő nyertese a majdan megkötendő szállítási szerződést teljes körűen teljesíteni tudja.

56. A Döntőbizottság a következőkben azt vizsgálta, hogy mindezen körülmények ellenére okkal bízhatott-e abban az ajánlatkérő, hogy a közbeszerzési eljárás eredményessége esetén megkötésre kerülő szállítási szerződés teljesítése reálisan megtörténik. Azaz már a közbeszerzés előkészítése során – kellő gondosság mellett – számítani kellett-e rá, hogy a kivitelezési szerződés teljesítése nem fog megtörténni a jelen közbeszerzési eljárásban megkötendő (szállítási) szerződés teljesítési határidején belül, és pedig olyan időben, hogy utóbbi is teljesíthető legyen határidőben. Ennek azért is van kiemelt jelentősége, mert a szállítási szerződés teljesítése a kivitelezési szerződés teljesítésétől jelentősen függött. Tehát az ajánlatkérőnek különös figyelemmel kellett lennie arra, hogy a kivitelezési szerződés reálisan – ha késedelmesen is – mikor fog megvalósulni. Ehhez képest kellett meghatároznia jelen közbeszerzési eljárás feltételeit, azaz a szállítási szerződés teljesítési határidejét is, mégpedig úgy, hogy az vélhetően teljesíthető legyen.

57. Az ajánlatkérő 2020. február 4. napján döntött a tárgyi közbeszerzési eljárás megindításáról. A kivitelezési szerződés vállalkozója 2020. február 13. és 14. napján fordult szerződésmódosítási kérelemmel az ajánlatkérőhöz, amely szerint a teljesítési határidőt 2020. május 31. napjára kérte módosítani. A kérelmek részletesen kifejtik, hogy a vállalkozó milyen körülményekre, a kivitelezést szerinte gátló tényezőkre tekintettel véli úgy, hogy a határidő módosítása indokolt. Majd ezek alapján határozott meg, egy – általa teljesíthetőnek vélt – újabb teljesítési határidőt. Az ajánlatkérő által a kötbérigény kapcsán becsatolt levelezés alapján megállapítható, hogy az ajánlatkérő lényegében az indokokat nem fogadta el, ezért a határidő módosításhoz való hozzájárulás helyett a kötbérigény érvényesítését választotta. Az ajánlatkérő tehát önmagában nem a javasolt teljesítési határidőt vitatta, hanem a vállalkozó teljesítési késedelmét tekintette neki felróhatóknak, és ezért kötbérigényt kívánt érvényesíteni.

58. A kivitelezési szerződés tárgyát képező építési tevékenység folyamatát rögzítő e-napló adatai szerint az ajánlatkérő megbízásából eljáró, a kivitelezést ellenőrző meghatalmazott személyek (műszaki ellenőrök, építetető meghatalmazottja) átlagot meghaladó mértékben végeztek helyszíni ellenőrzést (sok esetben a kivitelező kérésére) és kooperációs egyeztetést a kivitelezés során. Azaz az ajánlatkérő nevében eljáró szakemberek folyamatosan figyelemmel kísérték az építést, és – az e-naplóban tett bejegyzések alapján – pontosan tisztában voltak a kivitelezés állásával, a felmerülő problémákkal, minőségi kifogásokkal és hiányosságokkal, amelyek elhárítására a kivitelezőt felszólították, és megtörténtét visszaellenőrizték.

A szintén az ajánlatkérő nevében eljáró szakemberek által 2020. február 19. napján rögzített állapotfelmérési jegyzőkönyvben rögzítésre került az akkori készültségi állapot, amely a szerkezetkész állapotot meghaladta. Továbbá a kivitelezőnek kiadott teljesítésigazolás alapján a kivitelezés 50%-os készültségen állt 2020. február 27. napján.

59. A Döntőbizottság elsőként hivatkozik a Ptk. szerződésre vonatkozó definíciójára és Ptk. idézett alapelveire, amelyek alapján a szerződő felek egy szerződés megkötésekor kölcsönösen elvárhatják egymás szerződésszerű teljesítését, alappal bízhatnak abban, hogy az általuk megkötött szerződés az abban foglalt feltételek szerint teljesül, tekintettel arra, hogy a szerződéskötésből jog keletkezik a szerződéses szolgáltatás követelésére és kötelezettség az ellenszolgáltatás teljesítésére. Azaz a polgári jogi szerződések alanyai bízhatnak abban, hogy az általuk kötött szerződés teljesül, pontosabban elsősorban arra kell számítaniuk, hogy a teljesítés szerződésszerű lesz.

Jelen esetben az ajánlatkérő a kivitelezési szerződés megkötésekor a 2020. február 17. napján történő teljesítésben bízhatott, amely azonban – részben a saját meghatalmazott szakemberei ellenőrzései során tapasztaltak, illetve tényszerűen a kivitelező szerződésmódosítási kérelméből adódóan – megdőlt. Az ajánlatkérőnek ezért azt kellett felmérnie, hogy a

vállalkozó reálsan mikorra fogja teljesíteni a kivitelezési szerződést, és ehhez képest hogyan kell meghatározni az erre épülő közbeszerzési eljárást, illetve a szállítási szerződés teljesítési határidejét ahhoz, hogy annak teljesíthetősége is – vélhetően – biztosított legyen. Ezzel kapcsolatban a Döntőbizottság megjegyzi, hogy a Kbt. nem követel meg bizonyosságot e körben, hiszen ez teljesíthetetlen elvárás lenne az ajánlatkérővel szemben, hanem „csak” a kellő gondosság tanúsítását a közbeszerzési eljárás előkészítése során. A kellő gondosság körében elvart, megkívánt magatartás azonban mindig függ az adott ügy (közbeszerzés) egyedi körülményeitől, azaz mindig csak az adott konkrét eset sajátosságai tükrében lehet értékelni, hogy az ajánlatkérő tanúsította-e a kellő gondosságot.

60. A Döntőbizottság a fentiek alapján arra a megállapításra jutott, hogy az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás megindítása napjáig rendelkezésére álló információk alapján ezt a kellő gondosságot tanúsította. Egyrészt a vállalkozó maga határozta meg, azt az újabb, tarthatónak gondolt időpontot, ameddig a kivitelezést ténylegesen meg tudja valósítani. Az ajánlatkérő meghatalmazott szakemberei folyamatosan végigkísérték a kivitelezés folyamatát, ezért tisztában voltak a kivitelezést végző vállalkozó által meghatározott határidő teljesíthetőségével. Azt az ajánlatkérő nem is vitatta. (Más kérdés, hogy a késedelmet felróhatóan tartotta, és kötbért érvényesített.) Az ajánlatkérő műszaki ellenőrnek, továbbá a városgazdálkodási egysége vezetőjének nyilatkozata is egybecseng a tekintetben, hogy számítottak a vállalkozó által előirányzott, 2020. május 31. napjáig történő teljesítésre. Azt reálisnak is tartották az addigi kivitelezés tapasztalatai (e-napló műszaki ellenőrök bejegyzései) és a 2020. február 19. napján felvett állapotfelmérés készültségi foka alapján. Vagyis az ajánlatkérő megítélése szerint is közel 3 hónap további idő kellett a kivitelezés teljes befejezéséig. Ez a becslés pedig nem volt elrugaszkodott, amit az is mutat, hogy a 2020. június 10. napján kiállított teljesítésigazolás már 90%-os készültséget rögzített. Ez a kivitelező által a teljes befejezésig javasolt határidőt ugyan túllépte, de jelentősnek nem tekinthető mértékben, azaz nem volt túlzó várakozás az ajánlatkérő részéről, hogy az 50%-os készültség mellett a kivitelezési szerződés 2020. május-június hónapjában teljesülhet. Mindazonáltal az ajánlatkérő ehhez képest is úgy kalkulált (a közbeszerzés időigényére vonatkozó csatolt nyilatkozat szerint), hogy a szállítási szerződés megkötésére reálsan 2020. júniusában kerülhet sor, amelyhez képest is a teljesítésre 90 nap múlva kell sor kerülnön. Vagyis ekkor már egyértelműen abban bízott, hogy addigra a kivitelezés biztosan elkészül és a szállítási szerződés teljesítése nem fog akadályokba ütközni.

61. Az ajánlatkérő a jogorvoslati eljárás során igazolta, hogy meghatalmazott szakembereinek számos, az e-naplóban tett bejegyzése mutatja, hogy gondosan végigkísérték a kivitelezési szerződés teljesítését, tarthatónak tekintették a vállalkozó által felajánlott újabb határidő teljesíthetőségét (ha azt nem is fogadták el). Ennek ellenére ehhez képest is további hónapokat kalkulált az ajánlatkérő a szállítási szerződés becsült, jövőbeli teljesítési határideje meghatározásakor. Arra azonban – a közbeszerzési eljárás megkezdéséig – semmilyen körülmény nem mutatott, hogy a kivitelezési szerződés vállalkozója az általa javasolt (ajánlatkérő által ugyan el nem fogadott, de nem is vitatott) határidőhöz képest is késedelmesen teljesít. Ilyen körülményre a kezdeményező sem hivatkozott, azaz nem hozott fel olyan tény, körülményt, amely alapján az ajánlatkérőnek – a közbeszerzés előkészítése szakában – kétség kívül számítania kellett volna rá, hogy a kivitelezés késedelve még nagyobb lesz. Az ajánlatkérővel szemben támasztott ilyen elvárás azt jelentené, hogy az ajánlatkérőknek minden esetben pontosan meg kellene tudnia határozni, mekkora lesz egy teljesítési késedelem időtartama, és a közbeszerzési eljárást ahhoz igazítani. Ez pedig olyan elvárás, amely a kellő gondosság követelményén már túlmutatna.

Az eset szubjektív körülményeinek figyelembevétele nélkül, a teljeskörű, mindenre kiterjedő szempontú előkészítési gondosságot az jelentené, ha a kivitelezés lezárultával, az épület átadás-átvételi eljárás megtörténte után, a jogerős használatbavételi engedéllyel rendelkező épület szolgálna az eszközbeszerzés helyszínéül, amely mindeddig építési területnek minősül, és egyéb eszközök telepítése, szerelése csak különös előírások mellett végezhető el. Azonban a támogatási rendszer fókuszából is tekintve, különös tekintettel annak időbeli megkötéseire, ez nem lenne életszerű és arányos elvárás.

62. Jelen esetben az ajánlatkérő kellő gondossága abban állt, hogy be kellett szereznie és figyelembe kellett vennie a kivitelezés teljesítésével összefüggő információkat, és ahhoz képest reálisan megbecsülni, valószínűsíteni a kivitelezési szerződés teljesítésének várható határidejét, majd ehhez képest meghatározni a jelen közbeszerzési eljárásban kötendő szállítási szerződés ésszerű teljesítési határidejét. A Döntőbizottság a már leírtak alapján, a rendelkezésére álló adatokra, dokumentumokra támaszkodva arra a megállapításra jutott, hogy az ajánlatkérő ezt a kellő gondosságot tanúsította. A közbeszerzés előkészítési szakaszában az ajánlatkérő számára rendelkezésre álló információk alapján az már nem volt előrelátható, hogy a kivitelezés a vártnál is hosszabb ideig fog tartani, és ezért annak időtartamával is kalkulálnia kellett volna. A kivitelezési szerződés vállalkozójának további késedelme így előre már nem látható körülmény volt.

63. A Döntőbizottság a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja másik feltétele, a szükségszerűség fennállását is megállapította, tekintettel arra, hogy a szállítási szerződés nem volt addig teljesíthető, ameddig a kivitelezés teljes körben nem készül el, vagyis a felek a kialakult helyzetet csak a teljesítési határidő módosításával tudták kezelni.

64. A Döntőbizottság a fent kifejtettek alapján megállapította, hogy a kezdeményezéssel támadott szerződésmódosítás megfelelt a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont ca) alpontja szerinti feltételnek, ezért a Kbt. 145. § (2) bekezdésben foglalt hatáskörében eljárva – a 165. § (2) bekezdés b) pontja alapján – megállapította a jogsértés hiányát.

65. Az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 47. § (1) bekezdés c) pontja szerint a hatóság az eljárást megszünteti, ha az eljárás okafogyottá vált.

66. A Döntőbizottság, hivatkozással a fent tett megállapításokra a továbbiakban nem vizsgálta a Kbt. 28. § (1) bekezdés megsértését (első kezdeményezési elem). A kezdeményező a közbeszerzési eljárás nem megfelelő elkészítését a szerződésmódosítás egyik feltételnek hiányából (előre nem láthatóság) vezette le, azaz álláspontja szerint az ajánlatkérő olyan körülményre alapozta a módosítást, amelyet a közbeszerzés előkészítése során előre láthatott, és ekként a szerződésmódosítást kellő gondosság esetén megelőzhetette volna. A Döntőbizottság azonban más álláspontra jutott, mint azt fentiekben kifejtette, ezért a kezdeményezési elem elbírálása okafogyottá vált. Hasonlóan okafogyottá vált a kivitelezési szerződés teljesítésére vonatkozó, kezdeményező által hiányolt megfelelő dokumentálás, amelyet a szerződésmódosítás megfelelő dokumentumokkal történő alátámasztottsága kapcsán kifogásolt, a Kbt. 142. § (1) bekezdésére figyelemmel (harmadik kezdeményezési elem). A Döntőbizottság a szerződésmódosítást ugyanis jogszerűnek tekintette. Meglátása szerint a kivitelezési szerződés teljesítésének körülményeit az ajánlatkérő szigorúan ellenőrizte, dokumentálta. (A Döntőbizottság itt ismét kiemeli az e-naplóban tetten érhető aktív műszaki ellenőri jelenlétet.) A Döntőbizottság a kivitelezési szerződés teljesítésének dokumentáltságát, illetve hogy az ajánlatkérő azt a közbeszerzés előkészítése során

figyelembe vette, éppen a kellő gondosság tanúsításaként értékelte a második kezdeményezési elem elbírálása során.

67. A Döntőbizottság fentiek alapján megállapította, hogy a második kezdeményezési elem elbírálásánál ismertetett indokokra tekintettel az első és harmadik kezdeményezési elem elbírálása a továbbiakban okafogyottá vált, ezért a jogorvoslati eljárást esetükben megszüntette.

68. A Döntőbizottság a költségek viseléséről a Kbt. 145. § (1) bekezdés alapján alkalmazandó, az Ákr. 125. § (1) bekezdés szerint rendelkezett.

69. A határozat nem érdemi (megszüntető) rendelkezése elleni önálló jogorvoslat lehetőségét az Ákr. 114. § (1) bekezdésére tekintettel a Kbt. 169. § (1) bekezdése, a határozat érdemi rendelkezései közigazgatási perben történő elbírálását a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja az ügyfeleket, 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) 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, 2022. június 14.

Dr. Hodnik Ákos sk
közbeszerzési biztos
a tanács elnöke

Bankóné nagy Helga sk
közbeszerzési biztos

Dr. Jánosi Bálint sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Kezdeményező képviselője (elektronikus úton)
2. Ajánlatkérő képviselője (elektronikus úton)
3. Kérelmezett (elektronikus úton)
4. Miniszterelnökség (elektronikus úton)
5. Közbeszerzési Hatóság Titkárság (elektronikus úton)