



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

Az ügy iktatószáma: D.180/10/2023.

A tanács tagjai: Dr. Schaller Emil közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Bonifert Zsolt közbeszerzési biztos, Dr. Puskás Sándor közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Kormányzati Ellenőrzési Hivatal
(Budapest, Tartsay Vilmos u. 13.)

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Rumi-Soós Judit, kamarai jogtanácsos

Az ajánlatkérő: Komárom-Esztergom Vármegyei Szent Borbála
Kórház
(Tatabánya, Dózsa György út 77.)

Az ajánlatkérő képviselője: Dr. Csatári Ákos, ügyvéd

A kérelmezett: Medicontur Kft.
(Zsámbék, Herceghalmi út 1.)

A kérelmezett képviselője: Dr. Hammer Hilda, ügyvéd

A szerződés tárgya: „Szemlencsek és szemészeti műtéti izolálók (2019)” - 7. rész két lábú egytestű aszférikus hidrofób akril szemlencse EKR001357172019

A szerződés, szerződésmódosítás értéke: 8.072.500.-Ft, 44.198.310.-Ft.

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság az első kezdeményezési elem tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértették a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (2) (4) és (6) bekezdésére tekintettel a Kbt. 141. § (8) bekezdésének első mondatát. A Döntőbizottság a második kezdeményezési elem tekintetében megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 141. § (7) bekezdését.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben az első és a második kezdeményezési elemben megállapított jogsértésre tekintettel 750.000.-Ft, azaz hétszázötvenezer forint, a kérelmezettel szemben az első kezdeményezési elemben megállapított jogsértésre tekintettel 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett között 2018. június 10-én kötött adásvételi szerződés 2021. május 31-i 1. számú módosítása, valamint az adásvételi szerződés 2022. május 24-i 2. számú módosítása semmis, melyre tekintettel az ajánlatkérővel szemben további 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint, a kérelmezettel szemben további 500.000.-Ft, azaz ötszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy a teljesítéssel érintett szerződések esetében az eredeti állapot nem állítható helyre.

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 határozattal szemben 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 2019. november 29-én a Kbt. második része szerinti, uniós értékhatárt elérő, nyílt közbeszerzési eljárást indított a fenti tárgyú árubeszerzéssel kapcsolatban. Az eljárást megindító ajánlati felhívás 2019/S 233-570853. szám alatt 2019. december 3-án jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában.

2. Az ajánlattételi felhívás a jogorvoslati eljárás szempontjából érintett 7. rész tekintetében az alábbi releváns adatokat tartalmazta.

II.1.1) Elnevezés:

Szemlencsék és szemészeti műtéti izolálók (2019)

Hivatkozási szám: EKR001357172019

II.1.6) Részekre vonatkozó információk

A beszerzés részekből áll: igen

II.2.1) Elnevezés:

2lábú 1testű aszférikus hidrofób akril szemlencse

Rész száma: 7

II.2.4) A közbeszerzés ismertetése:

Két lábú egy testű aszférikus hidrofób akril szemlencse injektorral, 13 mm teljes átmérővel és 0 fokos angulációval, refraktív index: 1,45-1,47 között

Mennyiség/év: 250

Kiszerezési egység: darab

Incisios méret: 2.2-2.8 mm

Optika / Átmérő: 6/12.5-13 mm

Méretsor / Dioptria: 6-30 D.

A megajánlott lencse UV szűrővel és éles széllel rendelkezzen.

A beszerzés tárgyának részletes leírása, speciális jellemzői a közbeszerzési dokumentumokban részletesen meghatározásra kerülnek.

Konszignációs raktár a közbeszerzési dokumentumokban meghatározottak szerint szükséges

II.2.5) Értékelési szempontok

Az alábbiakban megadott szempontok

Minőségi kritérium - Név: Konszignációs raktár feltöltésének ideje (nap) / Súlyszám: 3

Ár - Súlyszám: 7

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

Az időtartam hónapban: 12

A szerződés meghosszabbítható: nem

II.2.11) Opciókra vonatkozó információ

Opciók: nem

II.2.13) Európai uniós alapokra vonatkozó információk

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

II.2.14) További információk

Tekintettel arra, hogy a beszerzés tárgya központosított - országos, regionális -, illetve fenntartó által, vagy a fenntartó megbízásából indított közös közbeszerzési eljárásba is bevonásra kerülhet, ezért Ajánlatkérő bontó feltételt köt ki az eljárás eredményeként megkötendő szerződés(ek)ben (Lásd a dokumentumok részét képező szerződéstervezetet.)

IV.2.2) Ajánlatok vagy részvételi kérelmek benyújtásának határideje

Dátum: 13/01/2020

Helyi idő: 11:00

IV.2.6) Az ajánlati kötöttség minimális időtartama

Az időtartam hónapban: 2 (az ajánlattételi határidő lejártától számítva)

IV.2.7) Az ajánlatok felbontásának feltételei

Dátum: 13/01/2020

Helyi idő: 13:00

VI.1) A közbeszerzés ismétlődő jellegére vonatkozó információk

A közbeszerzés ismétlődő jellegű: nem

3. Az ajánlattételi határidő lejártáig a 7. rész tekintetében két ajánlattevő, köztük a kérelmezett nyújtott be ajánlatot.

4. Az ajánlatkérő a kérelmezettet hirdette ki nyertesnek.

5. Az ajánlatkérő az eljárás eredményéről szóló tájékoztatót 2018. augusztus 6-án adta fel, amely 2018. augusztus 11-én jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában 2020/S 154-376850 szám alatt és az alábbi releváns adatokat tartalmazta.

V. szakasz: Az eljárás eredménye

A szerződés száma: 1

Rész száma: 7

Elnevezés:

2lábú 1testű aszférikus hidrofób akril szemlencse

Szerződés/rész odaítélésre került: igen

V.2) Az eljárás eredménye

V.2.1) A szerződés megkötésének dátuma:

10/06/2020

V.2.2) Ajánlatokra vonatkozó információk

A beérkezett ajánlatok száma: 2

Kkv-któl érkezett ajánlatok száma: 2

A szerződést gazdasági szereplők csoportosulása nyerte el: nem

V.2.3) A nyertes ajánlattevő neve és címe

Hivatalos név: Medicontur Orvostechikai Korlátolt Felelősségű Társaság

V.2.4) A szerződés/rész értékére vonatkozó információk (áfa nélkül)

A szerződés/rész eredetileg becsült összértéke: 7 600 000.00 HUF

A szerződés/rész végleges összértéke: 8 072 500.00 HUF

6. Az ajánlatkérő és a kérelmezett az adásvételi szerződést 2018. június 10-én kötötték meg.

7. A szerződés az alábbi releváns adatokat tartalmazta.

A szerződés időtartama: 2020. június 15. napjától kezdődően 12 hónapos időtartam lejártáig, 2021. június 14. napjáig hatályos.

„2. A szerződés tárgya:

Szent Borbála Kórház részére az I.1. pontban meghatározott közbeszerzési eljárás VII. részében meghatározott 2 lábú, 1 testű aszférikus hidrofób akril szemlencse szállítása. Eladó, mint ajánlattevő ajánlatában meghatározottak szerint.

3. Szállító jelen szerződés aláírásával a Vevő által a Kbt. alapján kiírt, nyílt közbeszerzési eljárás során tett ajánlata elfogadása eredményeként kötelezettséget vállal arra, hogy a Vevő, mint ajánlatkérő által a felhívásban, valamint az ajánlati dokumentációban meghatározott, és az Eladó ajánlatában megajánlott, illetve a Vevő által elfogadott árut az ugyanott meghatározott minőségben a Vevő részére Vevő által megjelölt teljesítési helyen leszállítja.

5. Szállító tudomásul veszi, hogy a Vevő a II.2. pontban meghatározott árumennyiséget olyan módon köteles tőle megvásárolni, hogy az Eladó minden eltérés nélkül elfogadott ajánlata szerint termékeit az un. lehívási nyilatkozat formájában vásárolja meg az Eladótól úgy, hogy a szerződéses időszak végéig a teljes mennyiség lehívásra kerüljön.

12. Felek rögzítik, hogy a szerződéses kötelezettség teljesítésének olyan okból történő késedelme vagy meghiúsulása, amelyért az Eladó felel, a jelen szállítási szerződés megszegését jelenti, aminek következtében az Eladót késedelmes teljesítés esetén késedelmes

naptári naponként a nettó szerződéses ár 1%-a mértékű késedelmi kötbér (de maximum a nettó szerződéses ellenérték 20%-a).

13. Felek rögzítik, hogy a kötbérkövetelés behajtásán túlmenően a Vevő a szerződésszegésből eredő kárának megtérítését is követelheti az Eladótól, a kár összegébe azonban a már behajtott kötbér összege beleszámít.

A kötbér akkor is jár, ha a Vevőnek kára nem merült fel.

A kötbért a Vevő jogosult a benyújtott számlából visszatartani és azt a számla nettó összegéből levonni.

15. Szerződő felek rögzítik, hogy a Felek a Kbt. 136. § (1) bekezdésében és a Kbt. 143. § (3) bekezdésében foglaltak szerint járnak el.

16. A szerződő felek megállapodnak abban, hogy az Eladó a jelen szerződés aláírásától számított 12 hónap időtartamra 8 072 500 + ÁFA összegre jogosult. Felek rögzítik, hogy a szerződéses ár a teljesítéssel kapcsolatos valamennyi költséget tartalmazza.

23. Jelen szerződésben nem szabályozott kérdések tekintetében a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény és a polgári törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény rendelkezései egyaránt irányadóak.

26. A felek a szerződést kizárólag írásban, a Kbt. 141. § szakasza szerint módosíthatják.”

8. Az ajánlatkérő és a kérelmezett a szerződést két alkalommal módosították az alábbiak szerint.

9. Az 1. számú szerződésmódosítás a felek között 2021. május 31-én jött létre és az alábbi releváns adatokat tartalmazta.

„Szerződő felek jelen szerződés módosítás előzményeként rögzítik, hogy a Vevő által lefolytatott „szemlencsék beszerzése” tárgyú közbeszerzési eljárás alapján Adásvételi szerződést kötöttek 2020.06.10. napján (ikt: 2838-3/2020. -7 rész).

Szerződő felek megállapodnak és rögzítik, hogy a fent hivatkozott szerződés hatályát a szerződés tárgya szerinti közbeszerzési eljárás lefolytatása, és az eredményes eljárás alapján megkötendő szállítása szerződés aláírásának napjáig, de legkésőbb 2022. június 14. napjáig meghosszabbítják.

Szerződő felek rögzítik, hogy a fent hivatkozott szerződés jelen módosítással nem érintett részei változatlan tartalommal hatályban maradnak.”

10. A 2. számú szerződésmódosítás a felek között 2022. május 23-án jött létre és az alábbi releváns adatokat tartalmazta.

„Szerződő felek jelen szerződés módosítás előzményeként rögzítik, hogy a Vevő által lefolytatott „szemlencsék beszerzése” tárgyú közbeszerzési eljárás alapján Adásvételi szerződést kötöttek 2020.06.10. napján (ikt: 2838-3/2020. -7 rész).

Szerződő felek megállapodnak és rögzítik, hogy a fent hivatkozott szerződés hatályát a szerződés tárgya szerinti közbeszerzési eljárás lefolytatása, és az eredményes eljárás alapján megkötendő szállítása szerződés aláírásának napjáig meghosszabbítják.

Szerződő felek rögzítik, hogy a fent hivatkozott szerződés jelen módosítással nem érintett részei változatlan tartalommal hatályban maradnak.”

11. Az ajánlatkérő az 1. és a 2. szerződésmódosításról nem tett közzé hirdetményt.

A hivatalbóli kezdeményezés

12. A hivatalbóli kezdeményező kezdeményezését 2023. május 10-én terjesztette elő a Kbt. 152. § (1) bekezdés c) pontja alapján.

13. A kezdeményezés során két kezdeményezési elembe foglalta össze az ajánlatkérő és a kérelmezett által megvalósított jogsértéseket az alábbiak szerint.

14. A kezdeményező előzményként előadta, hogy az egészségügyi fekvőbeteg-szakellátást nyújtó közfinanszírozott szolgáltatók gazdálkodását segítő intézkedésekről szóló 513/2022. (XII. 13.) Korm. rendelet 3. § (1) bekezdése alapján folytatott ellenőrzése során jutottak tudomására az állított jogsértések.

15. A kezdeményező rögzítette, hogy az ajánlatkérő részére 2023. április 12-én küldött nyilatkozata szerint a szerződés módosításaikor vizsgálta a Kbt. 141. §-nak való megfelelést, azonban nyilatkozata szerint az eredeti szerződéses értékben semmilyen változás nem történt, az árak maradéktalanul megegyeznek az eredeti szerződés szerinti árakkal. A módosítás, amely kizárólag hosszabbítást tartalmaz, az új közbeszerzési eljárás eredményes lezárásáig tart. Az ajánlatkérő hivatkozott továbbá a betegállátás folyamatosságához fűződő érdekekre, és az új közbeszerzési eljárás Országos Kórházi Főigazgatóság (OKFŐ) általi jóváhagyásához szükséges időigényre. A nyilatkozat szerint a szerződésmódosításról szóló tájékoztató közzététele adminisztratív okból maradt el.

16. Az első kezdeményezési elembe a kezdeményező az ajánlatkérő és a kérelmezett között létrejött szerződésmódosítások (1. és 2. számú szerződésmódosítás) jogszerűségét vitatta, amelyek aláírásával a felek megsértették a Kbt. 141. § (2)-(6) bekezdésére tekintettel a Kbt. 141. § (8) bekezdését.

17. A kezdeményező rámutatott, hogy az ajánlatkérő a Kbt. második része szerinti, uniós értékhatárt meghaladó, nyílt közbeszerzési eljárást folytatott le. A Kbt. 141. § (2) bekezdés a) pontja szerinti feltételnek ugyan megfelelhetnek a módosítások, mivel a módosítások alapján kifizetett érték (nettó 44.198.310,- Ft) nem éri el a 2021. évben (68.171.840,- Ft), valamint a 2022. évben irányadó (75.245.700,- Ft) uniós értékhatárt. Ugyanakkor megállapítható, hogy a szerződés eredeti értéke nettó 8.075.500,- Ft + áfa, ennek 10%-a nettó 807.550,- Ft, a kifizetett nettó 44.198.310,- Ft, amely többszörösen meghaladja a Kbt. 141. § (2) bekezdés b) pontja szerinti 10%-os küszöbértéket. A szerződés időtartamának meghosszabbításával mennyiségi növekedés (250 db szemlencse helyett 1619 db vásárlása) és így a fizetendő ellenszolgáltatásban is módosulás következett be. Így a Kbt. rendelkezése szerint, a de minimis jogalap nem állhat fenn a szerződésmódosítás jogszerűségének alátámasztásakor.

18. A kezdeményező rámutatott, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja szerinti esetkör jelen szerződésmódosítások esetében nem releváns, tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő a közzétett ajánlati felhívás II.2.7) pontjában a szerződés meghosszabbíthatóságának lehetőségét kizárta, és opciót sem határozott meg.

19. A kezdeményező rámutatott, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés b) pontja két, együttes feltételt szab ezen szerződésmódosítási esetnek való megfeleléshez, azzal a kikötéssel, hogy a szerződésmódosítással elért értéknövekedés nem haladhatja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át. Tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítások alapján kifizetett érték (nettó 44.198.310.- Ft) az eredeti szerződés értékének 50%-át többszörösen meghaladja, a szerződésmódosításra a Kbt. ezen rendelkezése alapján sem kerülhetett sor jogszerűen.

20. A kezdeményező rögzítette, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontja három feltétel együttes teljesülését kívánja meg ahhoz, hogy jogszerűnek lehessen tekinteni a szerződésmódosítást. Tekintettel arra, hogy az ajánlatkérő határozott idejű szerződést kötött, ezért számolnia kellett azzal, hogy a határozott idejű szerződésének lejártával és a 250 db mennyiség kimerülésével ismételten beszerzési igénye jelentkezik és megfelelő időben új közbeszerzési eljárást kell indítania. Az eredeti szerződés 12 hónapos időtartamához képest a szerződésmódosítások eredményeként a szerződés időtartama 2023 áprilisáig további 21 hónappal nőtt, így összességében már 33 hónapja hatályos, a 250 db mennyiség pedig több mint a hatszorosára nőtt. A Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) pontja mellett a cc) pont alapján sem lehet jogszerű a szerződésmódosítás, hiszen az előírt, „az eredeti szerződés értékének 50%-át” kitételnek sem felel meg a szerződésmódosítás, tekintettel arra, hogy az eredeti szerződés értékének többszörösét fizette már ki – és az eredeti mennyiségnek a többszörösét szerezte be – az ajánlatkérő a szerződésmódosítások alapján. Így a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjára történő hivatkozással sem tekinthető jogszerűnek a jelen kérelemmel kifogásolt szerződésmódosítás.

21. A kezdeményező rögzítette, hogy a szerződésmódosítások a Kbt. 141. § (6) bekezdés a) pontjába ütköznek, tekintettel arra, hogy a beszerzés mennyisége és a szerződések időtartama ármeghatározó tényező. Meghatározza, hogy mennyi időre számíthat a leendő nyertes ajánlattevő egy biztos, adott esetben hosszú távú bevételre, és mikor nyílik meg újra a verseny. Az ajánlatkérő a szerződés időtartamát az Európai Unió Hivatalos Lapjában közzétett ajánlati felhívásban 12 hónap időtartamban határozta meg, amely alatt 250 db szemlencse beszerzésére nyílik lehetőség. Így jelen esetben a 12 hónap helyett hosszabb időtartam megadása, illetőleg a beszerzés mennyiségének növelése akár kedvezőbb és több ajánlatot is hozhatott volna. A közbeszerzési szerződések egyik lényegi eleme, hogy az ajánlatkérők a beszerzési igényük tekintetében milyen időtartamra és milyen mennyiségre írják ki a közbeszerzési eljárást. Az ilyen mértékű változtatás alkalmas arra, hogy a megajánlandó ellenszolgáltatás mértékét jelentősen befolyásolja.

22. A kezdeményező a jogsértés megtörténtének idejeként 2021. május 31-ét határozta meg, amely az 1. szerződésmódosítás aláírásának ideje, a tudomásra jutás időpontjaként 2023. április 12-ét jelölte meg, amely napon az ajánlatkérő a közbeszerzéshez kapcsolódó iratokat a kezdeményező részére rendelkezésre bocsátotta.

23. A kezdeményező a második kezdeményezési elem tekintetében rögzítette, hogy az ajánlatkérő sem az 1., sem a 2. szerződésmódosításról nem tett közzé hirdetményt az Európai Unió Hivatalos Lapjában, amivel megsértette a Kbt. 141. § (7) bekezdését.

24. A kezdeményező a második kezdeményezési elem tekintetében a jogsértés megtörténtét az 1. szerződésmódosítással összefüggésben 2021. június 21-ben határozta meg, a 2. szerződésmódosítással összefüggésben 2022. június 14-ében határozta meg. Ezen napokon volt az ajánlatkérőnek jogszerűen lehetősége a hirdetmény közzétételére. A jogsértés tudomásra jutásának időpontjaként 2023. április 12-ét jelölte meg, amely napon az ajánlatkérő a közbeszerzéshez kapcsolódó iratokat a kezdeményező részére rendelkezésre bocsátotta.

26. A kezdeményező kérte a Döntőbizottságot, hogy a fentiek alapján állapítsa meg a jogsértést.

27. A kezdeményező az ajánlatkérő 2023. május 15-én tett észrevételében foglaltakra rögzítette, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdése szerinti közbeszerzési szerződésmódosítási jogalap esetében együttesen vizsgálandó három feltétel egyike, a 141. § (4) bekezdés cc) pontja szerinti 50%-os küszöbérték többszörös túllépése miatt a módosítások eleve nem felelhetnek meg a Kbt. rendelkezéseinek.

28. Álláspontja szerint, hogy a korábban elmaradt műtétek későbbi pótlásával kapcsolatos indokok nem adnak magyarázatot és nem teremtenek jogi alapot az eredetileg szerződött mennyiség és érték többszörös túllépésére, tekintettel arra is, hogy nincs szó műtétszám abszolút értékben és váratlan módon történő növekedéséről, a kalkulálható műtétek száma lényegében nagyságrendileg változatlan, legfeljebb azok elhalasztására került sor.

Az előre nem láthatósággal kapcsolatos hivatkozásokkal kapcsolatban rámutatott, hogy azok is vitathatóak.

29. Továbbá rögzítette, hogy miszerint a felek csak a szerződés időtartamát módosították volna az egységáruk változatlanul hagyása mellett, nem áll helyt, mivel a beszerzett szemlencse mennyisége és a kifizetett ellenérték is a többszörösére nőtt, ezzel nemcsak a szerződés időtartama változott.

30. A kezdeményező a kérelmezett által 2023. május 15-én tett észrevételben foglaltakkal kapcsolatban előadta, hogy a beszerzett szemlencse mennyisége és a kifizetett ellenérték is a többszörösére nőtt, így összességében az ajánlatkérő és a kérelmezett részéről előadottak a jogsértés megtörténtét nem befolyásolják, legfeljebb a jogsértés súlya körében vehetők figyelembe.

Az ajánlatkérő észrevételei

31. Az ajánlatkérő az első kezdeményezési elemmel kapcsolatban rögzítette, hogy az 1. szerződésmódosítás 2021. május 31-én következett be, amely időszak – 2021 első fele – még javarészt a COVID járvány, illetve annak utóhatásai idejére esett, erre tekintettel igen jelentős visszaesés volt a szemlencse-műtéteket illetően, figyelemmel a rendkívüli mértékben megnövekedett betegforgalomra. Ennek okán a szemlencse-műtéteket, ahol ez szakmailag indokolható volt elhalasztotta, mely újbóli esetszám növekedés 2021. második felében történt meg folyamatosan, majd az elhalasztott műtétek, illetve a hátrébsorolt műtétek pótlása 2022. évben csúcsosodott ki. A betegszám általában is igen nagymértékben változhat, azonban a COVID időszak alatt a teljes kórházi működés átszervezése okán ezen később volumennövekedés extrém volt. Az 1. szerződésmódosítás aláírásakor egész egyszerűen nem számolt ilyen volumenű növekedéssel, sőt, arra kalkulált, hogy az egyébként a Kbt. 141.§-a szerinti mérték alatt marad az esetszám, az új közbeszerzési eljárás pedig befejeződik addig, amíg a küszöbérték nem telítődik.

32. Az ajánlatkérő rögzítette, hogy 2022 év elején jogi képviselőt váltott, majd haladéktalanul elkezdődött a közbeszerzési szerződéses állomány felülvizsgálata, és ennek okán az új közbeszerzési eljárás teljes dokumentációjának felülvizsgálata, annak kidolgozása, megszerkesztése, végezetül pedig az iratoknak az Országos Kórházi Főigazgatóságához (továbbiakban: OKFŐ) előzetes engedélyezésre történő benyújtása. A benyújtás megtörtént 2022. március 21-én, tehát jóval a 2. szerződésmódosítást megelőzően, mivel azzal számoltak, hogy az 1. szerződésmódosítás lejártáig az engedélyt megkapják, és a közbeszerzést le tudják folytatni.

33. Az ajánlatkérő rámutatott, hogy az alapfeladatai közé tartozik a betegek egészségének, életének megóvása, azaz a betegellátás, így – már a folyamatban lévő OKFŐ ellenőrzési eljárás alatt, tehát a közbeszerzés megindításához szükséges engedélyre várva – hosszabbította meg a szerződést ismételt, reménykedve abban, hogy az engedélyt – mivel a szerződés módosítás hatálya legfeljebb 2022. június 14-ig állt fenn – az OKFŐ-től megkapja. Sajnos a várakozással ellentétesen – többszöri, OKFŐ általi dokumentummódosítása kérelmet akceptálva – csupán 2022. december 19-én kelt és a kórház részére 2022. december 20-án megküldött engedéllyel került jóváhagyásra az új közbeszerzés megindításra, azaz az eredeti kérelem benyújtását követő 9 hónap múlva.

34. Az ajánlatkérő a fentiekben ismertetett körülményeket kérte figyelembe venni a Kbt. 141. § (4) bekezdés ca) alpontjára való hivatkozással, mivel a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket kellő gondossággal eljárva nem láthatott előre.

35. Az ajánlatkérő hivatkozott arra is, hogy az előírt specifikáción semmi nem változtatott, és maguk az egységárak sem változtak, tehát bár a szerződés hosszabbításával az „össz” ellenérték szükségképpen változik, azonban az árváltozás csak látszólagos, hiszen maguk az egységárak egyáltalán nem változtak, a felek kizárólag – betegállatási okból, a kieső időre, amíg nem köttetik meg az új közbeszerzési eljárás lefolytatása után az új közbeszerzési szerződés – a szerződés időtartamát módosították.

36. Az ajánlatkérő a második kezdeményezési elemmel kapcsolatban elismerte, hogy a szerződésmódosítások hirdményének megjelentését – adminisztratív okból – elmulasztotta.

37. Az ajánlatkérő kérte a méltányos jogkövetkezmény alkalmazását.

A kérelmezett észrevétele

38. A kérelmezett észrevételében előadta, hogy az elnyert lencsekontingens nem került lehívásra a közbeszerzési szerződés futamideje alatt, a következő években pedig a COVID-19 járvány következtében elrendelt egészségügyi veszélyhelyzetből adódóan a szürkehályog műtétek száma az egész ország területén drasztikusan csökkent. Ennek következtében a közbeszerzési szerződés hatályának lejáratára után a kérelmezett jóhiszeműen elfogadta az ajánlatkérő részéről kezdeményezett adásvételi szerződés meghosszabbítását, és az ennek keretében megrendelt darabszámot, melyet a benyújtott ajánlatnak megfelelően, változatlan áron szállított az adásvételi szerződés hatálya alatt.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

39. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő 2019. november 29-én indította meg a közbeszerzési eljárást, ezért a Kbt. ezen időpontban hatályos rendelkezéseit alkalmazta.

40. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a kezdeményező két kezdeményezési elemben határozta meg az ajánlatkérő és részben a kérelmezett által megvalósított jogsértést, amelyet az alábbiak szerint vizsgált meg.

41. A Döntőbizottságnak az első kezdeményezési elem vizsgálata során abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett jogszerűen módosította-e a köztük fennálló adásvételi szerződést az 1. számú szerződésmódosítás tekintetében 2021. május 31-én, valamint a 2. számú szerződésmódosítás tekintetében 2022. május 23-án.

42. A Döntőbizottság a módosított szerződések jogszerűségét az első kezdeményezési elemen belül együtt vizsgálta meg, tekintettel arra, mivel mindkettő határidőt módosított.

43. A Döntőbizottság a vizsgálata során az alábbi jogszabályi rendelkezésekre volt figyelemmel.

A Kbt. 2. § (7) bekezdése szerint e törvény szabályaitól csak annyiban lehet eltérni, amennyiben e törvény az eltérést kifejezetten megengedi. E törvény rendelkezéseinek alkalmazásakor, valamint a jogszabályban nem rendezett kérdésekben a közbeszerzési eljárás előkészítése, lefolytatása, a szerződés megkötése és teljesítése, illetve a közbeszerzési eljárásokkal kapcsolatos jogorvoslati eljárás során a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás céljával összhangban a közbeszerzés alapelveinek tiszteletben tartásával kell eljárni.

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

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

Az Európai Parlament és a Tanács 2014/24/EU Irányelve a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről az alábbi rendelkezéseket tartalmazza:

A szerződések módosítása azok időtartama alatt

(1) A szerződések vagy keretmegállapodások ezen irányelvvel összhangban új közbeszerzési eljárás nélkül módosíthatók az alábbiak közül bármely esetben:

a) ha a módosításokról – pénzbeli értéküktől függetlenül – az eredeti közbeszerzési dokumentumokban világos, pontos és egyértelmű felülvizsgálati záradékok rendelkeznek, amelyek magukban foglalhatnak az ár módosítására vonatkozó záradékokat vagy választási lehetőségeket. Ezekben a záradékokban meg kell határozni a lehetséges módosítások és választási lehetőségek hatályát és jellegét, valamint azokat a feltételeket, amelyek esetén ezek alkalmazhatók. A záradékok nem rendelkezhetnek olyan módosításokról vagy választási lehetőségekről, amelyek megváltoztatnák a szerződés vagy keretmegállapodás általános jellegét.

b) az eredeti szerződő fél által elvégzendő, szükségessé vált további építési beruházások, nyújtandó további szolgáltatások vagy szállítandó további áruk tekintetében, amelyek nem szerepeltek az eredeti közbeszerzésben, amennyiben a szerződő fél módosítása:

- i. nem megvalósítható olyan gazdasági vagy technikai okok miatt, mint például az eredeti közbeszerzés során vásárolt, meglévő berendezésekkel, szolgáltatásokkal vagy létesítményekkel való felcserélhetőség vagy kölcsönös átjárhatóság; és
- ii. az ajánlatkérő szerv számára jelentős hátránnyal vagy a költségek megsokszorozódásával járna.

Mindazonáltal az árnövekedés nem haladhatja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át. Amennyiben több egymást követő módosításra kerül sor, ez a korlátozás az egyes módosítások értékére alkalmazandó. Az egymást követő módosítások nem célozhatják ezen irányelv megkerülését;

c) amennyiben az alábbi feltételek mindegyike teljesül:

- i. a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, amelyeket egy kellő gondossággal eljáró ajánlatkérő szerv nem láthatott előre;
- ii. a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét;
- iii. az árnövekedés nem haladja meg az eredeti szerződés vagy keretmegállapodás értékének 50%-át. Ha több egymást követő módosításra kerül sor, ez a korlátozás az egyes módosítások értékére alkalmazandó. Az egymást követő módosítások nem célozhatják ezen irányelv megkerülését;

d) amennyiben új szerződő fél lép azon fél helyébe, amelynek az ajánlatkérő szerv eredetileg odaítélte a szerződést, az alábbi okok valamelyikének következtében:

- i. az a) pont szerinti egyértelmű felülvizsgálati záradék vagy választási lehetőség;
- ii. az eredeti szerződő fél helyébe egyetemes vagy részleges jogutódlás révén, vállalati átszervezést – többek között vállalatátvételt, egyesülést vagy felvásárlást – vagy fizetésképtelenséget követően egy másik gazdasági szereplő lép, amely megfelel az eredetileg megállapított minőségi kiválasztási kritériumoknak, feltéve, hogy ezzel nem jár együtt a szerződés egyéb lényeges módosítása, és hogy mindez nem ezen irányelv alkalmazásának a megkerülését célozza; vagy
- iii. amennyiben az ajánlatkérő szerv átvállalja a fővállalkozónak az alvállalkozókkal szemben fennálló kötelezettségeit, amennyiben erről a nemzeti jogszabályok a 71. cikkkel összhangban rendelkeznek;

e) amennyiben a módosítások – értéküktől függetlenül – nem lényegesek a (4) bekezdés értelmében.

Azon ajánlatkérő hatóságok, amelyek az e bekezdés b) és c) pontjában említett esetekben módosítottak egy szerződést, kötelesek erről értesítést közzétenni az Európai Unió Hivatalos Lapjában. Ezen értesítésnek tartalmaznia kell az V. melléklet G. részében foglalt információkat, és azt az 51. cikkkel összhangban kell közzétenni.

(2) Ezenfelül és anélkül, hogy ellenőrizni kellene, hogy a (4) bekezdés a)–d) pontjában foglalt feltételek teljesülnek-e, a szerződések ezen irányelvvel összhangban akkor is módosíthatók új közbeszerzési eljárás nélkül, ha a módosítás értéke nem éri el az alábbi értékek egyikét sem:

- i. a 4. cikkben foglalt értékhatárok; és
- ii. a szolgáltatási és árubeszerzési szerződések eredeti szerződések értékének 10%-a és az építési beruházási szerződések eredeti szerződéses értékének 15%-a.

Mindazonáltal a módosítás nem változtathatja meg a szerződés vagy keretmegállapodás általános jellegét. Több egymást követő módosítás esetén az értéket az egymást követő módosítások összesített nettó értéke alapján kell megállapítani.

(3) A (2) bekezdésben és az (1) bekezdés b) és c) pontjában említett ár kiszámításának céljára az aktualizált ár a referencia-értéknek felel meg, amennyiben a szerződés tartalmaz indexálási záradékot.

(4) Egy szerződés vagy keretmegállapodás módosítása annak időtartama alatt akkor tekintendő lényegesnek az (1) bekezdés e) pontjának értelmében, ha a szerződés vagy keretmegállapodás jellege érdemben megváltozik az eredetileg megkötött szerződéshez vagy

keretmegállapodáshoz képest. Az (1) és a (2) bekezdés sérelme nélkül, a módosítás minden esetben lényegesnek tekintendő akkor, ha az alábbi feltételek közül valamelyik vagy több teljesül:

- a) a módosítás olyan feltételeket vezet be, amelyek alapján – ha azok az eredeti közbeszerzési eljárás részét képezték volna –, lehetőség lett volna az eredetileg kiválasztott részvételre jelentkezőktől eltérő jelentkezők részvételének az engedélyezésére, az eredetileg elfogadott ajánlattól eltérő ajánlat elfogadására, vagy amelyek további résztvevőket ösztönöztek volna a közbeszerzési eljárásban való részvételre;
- b) a módosítás a szerződő fél javára megváltoztatja a szerződés vagy keretmegállapodás gazdasági egyensúlyát, olyan módon, amelyről az eredeti szerződés vagy keretmegállapodás nem rendelkezett;
- c) a módosítás jelentősen kibővíti a szerződés vagy keretmegállapodás hatályát;
- d) amennyiben új szerződő fél lép annak a félnek a helyébe, akinek az ajánlatkérő szerv eredetileg odaítélte a szerződést az (1) bekezdés d) pontjában szereplő esetektől eltérő esetekben.

(5) Ezen irányelv értelmében új közbeszerzési eljárásra van szükség a közbeszerzési szerződés vagy keretmegállapodás rendelkezéseinek – a szerződés vagy keretmegállapodás időtartama alatt történő – az (1) és (2) bekezdésben foglaltaktól eltérő módosításai esetében.

A Kbt. 141. § (1), (2) bekezdése, a (4) bekezdés a), b) és c) pontja, továbbá a (6) és (8) bekezdések szerint:

(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).

(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.

(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:

a) ha a szerződés minden ajánlattevő számára előre megismerhető módon, egyértelműen rögzíti a szerződés meghatározott tartalmi elemei későbbi változásának (ideértve az opció gyakorlásának) pontos feltételeit és tartalmát. Az ilyen szerződéses feltételek azonban nem rendelkezhetnek olyan módosításokról, amelyek megváltoztatnák a szerződés általános jellegét;

b) az eredeti szerződő féltől további építési munkák, szolgáltatás vagy áruk beszerzése szükséges, amelyek nem szerepeltek az eredeti szerződésben, amennyiben a szerződő fél személyének változása

ba) nem megvalósítható gazdasági vagy műszaki okból, különösen az eredeti szerződéssel beszerzett, meglévő berendezésekkel, szolgáltatásokkal vagy létesítményekkel való felcserélhetőség vagy együttműködés miatt; és

bb) az ajánlatkérő számára jelentős hátránnyal vagy a költségek megsokszorozódásával járna. Az ellenérték növekedése - vagy több módosítás esetén azok együttes nettó értéke - azonban nem haladhatja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át;

c) a következő feltételek együttes teljesülése esetén:

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

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

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

(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.

(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.

44. A Döntőbizottság elöljáróban rögzíti egyrészt, hogy eljárása annak vizsgálatára irányul, hogy a felek az 1. és a 2. szerződésmódosítás során a Kbt. szerződésmódosításra vonatkozó szabályai alapján jártak-e el, vagy sem, és e körben azon körülményeket értékelheti, amelyeket az ajánlatkérő és a kérelmezett az indokai között ismertetett. A Döntőbizottság a figyelembe vehető indokok körének meghatározásakor a Kúria Kfv.VI.37.948/2019/5. számú ítéletében szereplő elvi döntésnek megfelelően járt el, amelyet a Fővárosi Törvényszék is megerősített többek között a 104.K.706.819/2020/5. számú ítéletében. A bírósági joggyakorlat szerint a szerződésmódosítás jogszerűségének megítélésakor „csak azok az indokok vizsgálhatók, amelyeket az ajánlatkérő a szerződésmódosítás indokaként a hirdetményben megjelölt”, negatív irányból mindez azt is jelenti, hogy „a hirdetményben nem közölt szerződésmódosításra okot adó körülmény akkor sem értékelhető, ha egyébként alátámasztaná a Kbt.” vonatkozó előírásai fennállását.

45. A szerződésmódosítás tárgyában az ajánlatkérő sem az 1. számú szerződésmódosítás, sem a 2. számú szerződésmódosítás tekintetében nem tett közzé hirdetményt, amely jogsértés a második kezdeményezési elem vizsgálatának indokolása során kerül kifejtésre.

46. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a felek által a 2021. május 31-én aláírt 1. számú szerződésmódosításban a szerződésmódosítás indoka nem került meghatározásra.

47. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a jogorvoslati eljárás során az ajánlatkérő az 1. számú szerződésmódosítás indokaként a COVID időszak lecsengését követően extrém magasan megugrott a szemműtétek száma, amit részben a korábban elhalasztott műtétek pótlása okozott, illetőleg ismételt el lehetett végezni az ilyen jellegű műtéteket. Az ajánlatkérő

nyilatkozata szerint ekkora volumenű műtétszám növekedéssel előre nem számolt, és azt előre nem is láthatta kellő gondosság mellett sem.

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

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

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

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

52. A Döntőbizottság rögzíti, hogy elsőként a Kbt. 141. § (2) bekezdésében meghatározott szerződésmódosítási jogcímet vizsgálta meg. A Kbt. 141. § (2) bekezdés két pontban határozza meg az eredeti szerződéses érték még jogszerű változását. A Kbt. 141. § (2) bekezdés a) pontja szerinti jogcímet abban az esetben lehet alkalmazni, amennyiben a konkrét beszerzés értéke eléri az uniós értékhatárt. Tárgyi beszerzés ennek nem felelt meg, tekintettel arra, hogy az eredeti szerződés értéke nem érte el az uniós értékhatárt. A Kbt. 141. § (2) bekezdés b) pontját, mint módosítási jogcímet abban az esetben lehet alkalmazni, amennyiben a beszerzés értéke nem éri el az uniós értékhatárt. Jelen beszerzés értéke ennek megfelel, azonban további követelménynek kell megfelelnie, annak, hogy a módosítás mértéke nem haladhatja meg árubeszerzés esetén az eredeti szerződéses érték 10 %-át. Az eredeti szerződés értéke 8.072.500.-Ft. volt, az 1. és a 2. számú szerződésmódosítással az eredeti szerződéses érték 44.198.310.-Ft-al nőtt, ami az eredeti szerződéses érték több, mint 500 %-a, így az 1. és 2. számú szerződésmódosítás sem felel meg a Kbt. 141. § (2) bekezdés b) pontjának sem.

53. A Döntőbizottság a fentiek alapján megállapította, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett a kezdeményezéssel érintett szerződésmódosítás jogalapjaként nem alkalmazhatta jogszerűen a Kbt. 141. § (2) bekezdését.

54. A Döntőbizottság ezt követően a szerződésmódosítás lényeges minősége kérdésében foglalt állást.

55. A Kbt. 141. § (6) bekezdés második mondata szerint a szerződés módosítása lényeges, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 50. § (2) bekezdés d) pontja a közbeszerzés tárgyát és mennyiségét, valamint a Kbt. 50. § (2) bekezdés g) pontja a szerződés időtartamát, a teljesítési határidőt olyan lényeges érdemi feltételnek minősíti, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni kell. A Döntőbizottság töretlen és egységes közbeszerzési joggyakorlata szerint lényeges módosításnak minősül az olyan szerződésmódosítás, amely a szerződés időbeli hatályát terjeszti ki, illetőleg amely a mennyiséget növeli meg. Döntőbizottság álláspontja szerint a jelen esetben nincs helye a Kbt. 141. § (6) bekezdése alkalmazásának az 1. és a 2. számú

szerződésmódosítás körében, tekintettel arra, hogy az eredeti 12 hónapos teljesítési időtartam további 12-12 hónappal való meghosszabbítása az alapszerződéshez képest lényegesen eltérő érdemi feltételt eredményezett, így a mennyiség változásának mértékét erre tekintettel vizsgálni nem kellett.

56. Mivel a módosítást a fentiek szerint lényegesnek kell tekinteni, a Döntőbizottság megvizsgálta, hogy a szerződésmódosítás egyébként mely, a Kbt. 141. § (4) bekezdésében meghatározott rendelkezésének felelhet meg.

57. A Döntőbizottság előjáróban rögzíti, hogy jelen esetben az 1. és a 2. számú szerződésmódosítás jogalapjául nem szolgálhatott a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pont, ugyanis a vállalkozási szerződés nem rögzítette az egyes tartalmi elemek későbbi változásának feltételeit és tartalmát.

58. A Döntőbizottság rámutat, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés b) pont szerinti jogalap jogszerű alkalmazását lehetővé tevő konjunktív feltételek szűken értelmezendők. A Kbt. 141. § (4) bekezdés b) pont szerinti szerződésmódosítási lehetőség azokra a szűk körű, jellemzően valamely speciális technológia alkalmazásával járó esetekre vonatkozik, amikor gazdasági vagy műszaki okból nem létezik alternatíva az ajánlatkérő számára, mint az eredeti szerződő féllel való szerződés. A Döntőbizottság a rendelkezésre álló iratok vizsgálata alapján megállapította, hogy jelen esetben a módosítással érintett árubeszerzés nem olyan jellegű, amely speciális technológia alkalmazását igényelné, továbbá vonatkozásában nem áll fenn olyan gazdasági vagy műszaki körülmény, amely miatt csak és kizárólag az eredeti nyertes ajánlattevő – a kérelmezett – lett volna képes teljesíteni a szerződésben foglaltakat.

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

60. A kezdeményezéssel érintett szerződésmódosítás kapcsán az ajánlatkérő arra hivatkozott, hogy az a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont alapján jogszerűnek tekinthető, a kezdeményező azonban ezen feltétel fennállását is vitatta.

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

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.

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

62. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az 1. és a 2. számú szerződésmódosítással kapcsolatban a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont alkalmazásának jogszerűsége vizsgálata során elsőként a Kbt. 141. § (4) bekezdés cc) alpontjában meghatározott feltétel teljesülését vizsgálata, és előzetesen rámutat, hogy amennyiben ezen alpontban foglaltaknak a szerződésmódosítás nem felel meg, úgy a további alpontok vizsgálata nem szükséges, tekintettel arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában meghatározott alpontok egymáshoz való viszonya konjunktív, így amennyiben az egyik nem teljesül közülük, úgy nem lehet jogszerű ezen pontra hivatkozva a szerződésmódosítás.

63. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pont cc) alpontja szerint abban az esetben alkalmazható, ha az ellenérték növekedése nem haladja meg az eredeti szerződés értékének 50%-át. A Döntőbizottság a fentiekben rögzítette, hogy az eredeti szerződéses érték 8.072.500.-Ft. volt, az 1. és a 2. számú szerződésmódosítással az eredeti szerződéses érték 44.198.310-Ft-al nőtt, ami az eredeti szerződéses érték több, mint 500 %-a, így az értéknövekmény meghaladta a jogszabály szerint lehetséges 50 %-ot, így a felek általi 1. és 2. számú szerződésmódosítás nem felelt meg a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglaltaknak.

64. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. 141. § (8) bekezdése szerint a szerződés az e §-ban foglalt eseteken kívül csak új közbeszerzési eljárás eredményeként módosítható. Amennyiben a szerződés módosítására közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kerül sor, a módosítás a Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis. A Döntőbizottság megállapította, hogy az 1. és 2. számú szerződésmódosítás jogszerűtlen volt, ezért arra a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével került sor. A fentiek alapján az ajánlatkérő és a kérelmezett az 1. és a 2. számú szerződésmódosítás tekintetében megsértette a Kbt. 141. § (2), (4) és (6) bekezdésére tekintettel a Kbt. 141. § (8) bekezdés első mondatát.

65. A Döntőbizottság a fentiekre tekintettel megállapította, hogy az 1. és a 2. számú szerződésmódosítás a Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis.

66. A Döntőbizottságnak a második kezdeményezési elem tekintetében abban a kérdésben kellett állást foglalnia, hogy az ajánlatkérő megsértette-e a Kbt. 141. § (7) bekezdésében foglaltakat azzal, hogy a szerződésmódosításokkal kapcsolatban nem tett közzé tájékoztatót.

67. A Döntőbizottság előzetesen rögzíti, hogy egy kezdeményezési elemen belül, de külön-külön vizsgálja, hogy az ajánlatkérő az 1. számú, illetve a 2. számú szerződésmódosítással kapcsolatban tett-e közzé tájékoztatót, tekintettel arra, hogy ezeket időben egymástól elkülönülő, önálló eljárási cselekmények.

68. A Döntőbizottság a második kezdeményezési elem vizsgálata során az alábbi jogszabályi rendelkezésekre volt figyelemmel.

A Kbt. 37. § (1) bekezdés j) pontja szerint az ajánlatkérő hirdetmény útján köteles közzétenni a szerződés módosításáról szóló tájékoztatót.

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

A Kbt. 141. § (7) bekezdése szerint a (4) bekezdés a) pontja szerinti eset kivételével az ajánlatkérő köteles a szerződés módosításáról a külön jogszabályban meghatározott minta szerinti tartalommal hirdetményt közzétenni.

69. A Döntőbizottság a fenti jogszabályokra tekintettel, a rendelkezésre álló iratok alapján megállapította, hogy az ajánlatkérőnek mind a két szerződésmódosítás esetén kötelessége lett volna a szerződésmódosítások megkötésétől számított öt napon belül a tájékoztatót tartalmazó hirdetményt megküldenie közzétételre, tekintettel arra, hogy a szerződésmódosítás esetén erre a Kbt. kógens előírást tartalmaz.

70. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a felek az 1. számú szerződésmódosítást 2021. május 31-én írták alá, így az ajánlatkérőnek legkésőbb a hirdetményt közzétételre 2021. június 5-ig kellett volna megküldeni. A 2. számú szerződésmódosítást a felek 2022. május 23-án írták alá, így ezen szerződésmódosítás tekintetében az ajánlatkérőnek a hirdetményt közzétételre legkésőbb 2022. május 28-ig kellett volna megküldenie. Az ajánlatkérői nyilatkozat és a rendelkezésre álló iratok alapján megállapítható, hogy ezen kötelezettségének az ajánlatkérő határidőben és határidőn túl sem tett eleget, sem az 1., sem a 2. számú szerződésmódosítással kapcsolatban hirdetményt nem tett közzé.

71. A Döntőbizottság a fentiekre tekintettel megállapította, hogy az 1. számú, valamint a 2. számú szerződésmódosítás tekintetében az ajánlatkérő hirdetmény megküldési és tájékoztatási kötelezettségének nem tett eleget, amivel megsértette a Kbt. 37. § (1) bekezdés j) pontjában, valamint a Kbt. 141. § (7) bekezdésében foglaltakat, figyelemmel a Kbt. 37. § (5) bekezdésében foglaltakra.

72. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(3) bekezdéseiben meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokokra tekintettel a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a jogsértés megtörténtét állapította meg, és a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja alapján bírságot szabott ki.

73. A Kbt. 165. § (4) bekezdése szerint a (3) bekezdés d) pontjában meghatározott bírság összege – a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével – a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetén a jogorvoslással érintett rész értékének, a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése esetén a szerződés értékének legfeljebb 10%-a.

A Kbt. 165. § (7b) bekezdése szerint a 137. § (1) bekezdése szerinti jogsértés megállapítása esetén, ha a Közbeszerzési Döntőbizottság megállapítja, hogy az eredeti állapot helyreállítása a szerződés érvénytelensége jogkövetkezményei alkalmazása körében nem lesz lehetséges, a (6)–(7) bekezdésben foglaltakon túl további bírságot szab ki, amelynek összege – az eset összes körülményét figyelembe véve – legfeljebb a szerződés értékének 15%-a.

A Kbt. 141. § (8) bekezdés második mondata szerint, amennyiben a szerződés módosítására közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kerül sor, a módosítás a 137. § (1) bekezdés a) pontja alapján semmis.

A Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerint semmis a szerződés, ha azt a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével kötötték meg.

A Kbt. 137. § (3) bekezdése szerint a Kbt. 137. § (1) bekezdéstől eltérően a szerződés nem semmis, ha kiemelkedően fontos közérdek fűződik a szerződés teljesítéséhez. A szerződéshez közvetlenül kapcsolódó gazdasági érdek (így különösen a késedelmes teljesítésből, az új közbeszerzési eljárás lefolytatásából, a szerződő fél esetleges változásából vagy az érvénytelenségből következő kötelezettségekből eredő költség) nem tekinthető kiemelkedően fontos közérdeknek, a szerződés érvényességéhez fűződő további gazdasági érdekek pedig kizárólag akkor, ha a szerződés érvénytelensége aránytalan következményekkel járna.

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.

74. A Döntőbizottság megállapította, hogy a jelen közbeszerzés tárgyát a közszolgáltató ajánlatkérő alapfeladata megvalósítása képezi, amely a 2019. szeptember 20-án jóváhagyott Szent Borbála Kórház Szervezeti és Működési Szabályzat 2.1. pontja szerint a jogszabályban meghatározott közfeladata az 1997. évi CLIV. törvény alapján, eljárási területére kiterjedően a járó- és fekvőbetegek diagnosztikus és terápiás szakorvosi ellátása, rehabilitációja és követéses gondozása. Tárgyi közbeszerzési eljárás és a hozzá kapcsolódó szerződésmódosítások keretében az ajánlatkérő 2lábú 1testű aszférikus hidrofób akril szemlencsét szerzett be, amelyeket a szemészeti osztály, mint betegállató a betegek részére ültetett be, amely megvalósított feladatát közszolgáltatóként, alapfeladatának ellátása során valósította meg. A Döntőbizottság ezek alapján megállapította, hogy kiemelkedően fontos közérdek nem állapítható meg, így a Kbt. 137. § (1) bekezdése alapján az 1. és 2. számú szerződésmódosítás semmis.

75. A Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján, figyelemmel a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontjára, a kiszabandó közigazgatási bírság a Kbt. hivatkozott rendelkezései alapján elkülönül a Kbt. 165. § (7b) bekezdése szerinti bírságtól. A bírság kiszabásának alapjául az első esetben az szolgál, hogy az ajánlatkérő és a kérelmezett megsértette a Kbt. rendelkezéseit, míg a másik esetben, hogy a jogsértéssel kötött szerződés alapján a felek a teljesítést megkezdték, a szerződés teljesítése folyamatban van, és a semmisség kizárólag annak tárgya kiemelten közérdekű jellege miatt nem került megállapításra. A jogalkotó utóbbi esetben azt rendelte szankcionálni, hogy a szerződésmódosítás feltételei hiányában a közbeszerzési eljárás mellőzésével rokon jogsértés útján a felek szerződést kötöttek egymással, amelynek alapján a szerződés részbeni teljesítése visszafordíthatatlanul lezajlott. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (1) bekezdés h) pontja alapján megállapította, hogy a 137. § (1) bekezdésében meghatározott jogsértés miatt semmis szerződés esetén az érvénytelenség jogkövetkezményei alkalmazása körében az eredeti állapot nem állítható helyre.

76. A Döntőbizottság az alkalmazott bírság jogkövetkezményekkel kapcsolatosan rögzíti, hogy figyelemmel kell lenni a Kúria Kfv.II.37.434/2017/12. számú ítéletében foglaltakra. A Kúria elvi élel mondta ki, hogy a közbeszerzési jogsértésért való felelősség objektív, a Döntőbizottságnak nem kell vizsgálnia, hogy mely okból, vagy milyen vélekedés alapján nem kerültek betartásra a közbeszerzési szabályok. Fentiekre tekintettel a szerződésmódosítást jogsértő módon megvalósító mindkét féllel, vagyis az ajánlatkérővel és a kérelmezettel szemben is bírságot szabott ki, e döntésénél a Kbt. 141. § (1) bekezdése és a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontjára, figyelemmel a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontjára foglaltakra is tekintettel volt.

77. A Döntőbizottság az ajánlatkérő és a kérelmezett terhére megállapított jogsértésekre – első kezdeményezési elem – tekintettel kiszabott bírságok esetében egyaránt figyelembe vette, hogy a jogsértés súlyos (Kbt. 165. § (11) bekezdés a) pontja), míg a második kezdeményezési elem tekintetében, hogy a jogsértés csekélyebb súlyú. Az első kezdeményezési elemben megállapított jogsértés, a közbeszerzési szerződés jogsértő módosítása a mellőzéssel rokon

jogsértés, s így az egyik legsúlyosabb közbeszerzési jogsértésnek minősül, hisz a közbeszerzési szabályozás célja, alapelvei érvényesülésének garanciája vész el a szerződéses szakaszban. A közbeszerzés alapelveit (jelen esetben különösen a Kbt. 2. § (4) bekezdését) és célját sérti az ilyen jogsértő magatartás, hisz a közbeszerzési eljárás feltételeinek utólagos módosulásával jár, s annak jelentőségét relativizálja. A Döntőbizottság figyelemmel volt továbbá arra, hogy a jogsértések nem reparálhatók (Kbt. 165. § (11) bekezdés e) pontja). Figyelemmel volt továbbá a közbeszerzési eljárás becsült értékére, amely 8.072.500.-Ft, de arra is, hogy az 1. és 2. számú szerződésmódosítások összértéke 44.198.310.-Ft. volt (Kbt. 165. § (11) bekezdés b) pontja). A Kbt. 165. § (11) bekezdés b) pontjával kapcsolatosan a Döntőbizottság figyelembe vette, hogy a beszerzés az ajánlatkérő feladatellátásával kapcsolatos. A Döntőbizottság tekintettel volt arra is, hogy a beszerzés nem támogatásból valósult meg, ezért a jogsértéshez más szerv eljárásában a támogatás visszafizetésére vonatkozó szankció nem kapcsolódhat (Kbt. 165. § (11) bekezdés f) pontja), másrészt, hogy a jogsértésekkel összefüggésben nyilvánvaló szándékosság nem merült fel (Kbt. 165. § (11) bekezdés utolsó mondata).

78. Mindezen szempontokat összességében is mérlegelve a jogsértés megállapítására tekintettel a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak. A bírság differenciálásnak oka az volt, hogy az ajánlatkérő esetében két kezdeményezési elem tekintetében, míg a kérelmezett tekintetében egy kezdeményezési elem tekintetében állapított meg jogsértést a Döntőbizottság.

79. A Kbt. 165. § (7b) bekezdése szerinti bírság összegének meghatározásakor tekintettel volt arra a Döntőbizottság, a jogsértés súlya körében (Kbt. 165. § (11) bekezdés a) pontja), hogy a jogsértéssel kötött szerződés alapján a felek a teljesítést már befejezték, valamint, hogy a közpénzek felhasználásának átláthatósága szenved csorbát, a közpénzek felhasználásának gazdaságossága ellenőrzése hiúsult meg a jogsértés által. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (11) bekezdésében szereplő előírásokra tekintettel a bírság összegének megállapítása során figyelembe vette a szerződés értékét, valamint a két szerződésmódosítás értékét, ugyanakkor azt is, hogy a közbeszerzés tárgya közérdekű tevékenység megvalósításával áll kapcsolatban (Kbt. 165. § (11) bekezdés b) pontja első fordulata). A Döntőbizottság továbbá a bírság mértékénél nem vette figyelembe az irreleváns Kbt. 165. § (11) bekezdés c), d) és f) pontokban foglaltakat, továbbá nem talált arra utaló körülményt, hogy a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt.

80. Mindezen szempontokat összességében is mérlegelve arra tekintettel, hogy az 1. és 2. számú szerződésmódosítás semmis, a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak.

81. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (1) bekezdése szerint alkalmazandó, az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (a továbbiakban: Ákr.) 126. § (2) bekezdése alapján rendelkezett az eljárási költségek viseléséről.

82. A határozat elleni önálló bírósági jogorvoslat lehetőségét 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) bekezdése és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpontja szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

83. A jogi képviselő 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, 2023. július 4.

Dr. Schaller Emil sk
közbeszerzési biztos,
az eljáró tanács elnöke

Bonifert Zsolt sk
közbeszerzési biztos

Dr. Puskás Sándor sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják (kizárólag elektronikus úton):

1. Ajánlatkérő képviselője
2. Kezdeményező képviselője
3. Kérelmezett képviselője
4. Miniszterelnökség
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága