



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

Az ügy iktatószáma: D.163/23/2021.

A tanács tagjai: Dr. Fáry Zoltán közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Gusztávné közbeszerzési biztos, Dr. Jánosi Bálint közbeszerzési biztos

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

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Simon Enikő, Dr. Bakos Balázs, Dr. Fabó László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadók, Dr. Katona Margit, Dr. Cseh Tamás kamarai jogtanácsosok
KRID: 341768375

Az ajánlatkérő / beszerző: Pálhalmi Országos Büntetés-végrehajtási Intézet
(Dunaújváros, Pálhalma)
KRID: 15752136

Az ajánlatkérő / beszerző képviselője: Murvai László felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A kérelmezett: ÚJ PALINI-HÚS Élelmiszeripari, Termelő,
Kereskedelmi és Szolgáltató Zrt.
(Kilimán, Petőfi u. 23.)

A kérelmezett képviselője: Dr. Takács Tibor ügyvéd
Zalaegerszeg, Kisfaludy u. 15.
KRID: 54679166

A beszerzés tárgya, értéke: Élelmiszer beszerzés POBVI részére 18+6 hónapra 4. rész:
Hűskészítmények, nettó 128.941.826.-Ft

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

H A T Á R O Z A T –ot.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy az ajánlatkérő megsértette a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 46. § (1) bekezdését, valamint a Kbt. 142. § (1) bekezdését, ezt meghaladóan a jogsértés hiányát állapítja meg.

A Döntőbizottság az ajánlatkérővel szemben 600.000.-Ft, azaz hatszázezer forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja az ajánlatkérőt, hogy a bírság összegét a határozat kézbesítésétől számított 15 napon belül a Közbeszerzési Hatóság Magyar Államkincstárnál vezetett

10032000-01040360-00000000 számú központosított beszedési számlájára átutalással teljesítse.

A jogorvoslati eljárás során felmerült költségeiket a felek maguk viselik.

A határozat ellen fellebbezésnek nincs helye. A határozat ellen a Fővárosi Törvényszék előtt közigazgatási per indítható 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 élelmiszerbeszerzés tárgyában a Kbt. Második Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított, melynek ajánlattételi felhívása 2018. november 15. napján került feladásra és az Európai Unió Hivatalos Lapjában a 2018/S 223-509655. iktatószámmon jelent meg (EKR000743372018). A felhívásban az alábbi előírások is szerepeltek:

„II.1.4) Adásvételi keretszerződés élelmiszer-alapanyagok szállítása a Pálhalmi Országos Bv. Intézet részére, 18 + 6 hónapra.

A megrendelések várható összesített mennyisége 12 hónapra, részenként (a megadott mennyiségektől + 30 %-kal való eltérés lehetséges): [...]

4. rész: Húskészítmények (104 475 kg) [...]

II.1.5) Becsült teljes érték vagy nagyságrend

Érték áfa nélkül: 406 503 786.00 HUF

II.1.6) Részekre vonatkozó információk

A beszerzés részekből áll: igen

Ajánlatok valamennyi részre

II.2.1) Elnevezés:

Húskészítmények

Rész száma: 4 [...]

II.2.4) A közbeszerzés ismertetése:

Nettó keretösszeg 24 hónapra: 128 941 826 Ft.

Várható éves mennyiség: 104 475 kg (Ajánlatkérő a várható szállítási mennyiségeket az ajánlatok összehasonlíthatósága érdekében adta meg. Az elszámolás (számlázás) a szerződés hatálya alatt ténylegesen megrendelt/leszállított élelmiszerféleségek és mennyiségek alapján történik, a nyertes ajánlattevő által megadott egységárak alapján, a megadott keretösszeg erejéig.) [...] Ha valamely rész tekintetében a 24 hónapos időszakon belül a szerződéses keretösszeg kimerül, az adott részre vonatkozó szerződés automatikusan megszűnik. [...]

II.2.6) Becsült érték vagy nagyságrend

Érték áfa nélkül: 128 941 826.00 HUF

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

Az időtartam hónapban: 18

A szerződés meghosszabbítható: igen

A meghosszabbításra vonatkozó lehetőségek ismertetése:

A szerződéskötést követő 18 hónap letelte előtt 60 nappal az Ajánlatkérő a szerződés újabb 6 hónapos egyszeri meghosszabbításáról dönthet, amennyiben a szerződés teljesítése megfelelt a szerződés, és a vonatkozó jogszabályok előírásainak.

II.2.11) Opciókra vonatkozó információ

Opció: igen

Opciók ismertetése: A szerződéskötést követő 18 hónap letelte előtt 60 nappal az Ajánlatkérő a szerződés újabb 6 hónapos egyszeri meghosszabbításáról dönthet, amennyiben a szerződés teljesítése megfelelt a szerződés, és a vonatkozó jogszabályok előírásainak.”

2. A közbeszerzés 4. részére ajánlatot nyújtott be többek között a kérelmezett is, a közbeszerzés eredményeképpen a felek 2019. február 19-én kötötték meg az adás-vételi keretszerződést (iktatószám: 30523-6/325/2019.), amelyben az alábbiak is szerepeltek:

„A szerződés tárgya: a Vevő számára szükséges Húskészítmények szállítása, az 1. sz. mellékletben meghatározott nettó egységáron, 18+6 hónap időtartamra 2019. február 19-től 2021. február 18-ig, mely időszakon belül 18 hónap elteltével a szerződés újabb a Vevő egyoldalú nyilatkozatával további 6 hónapra meghosszabbítható.

4. Szerződéses keretösszeg a teljes szállítási időszakra (18+6 hónapra): nettó 128.941.826.-Ft + ÁFA. Ha a 24 hónapos időszakon belül a szerződéses keretösszeg kimerül, az adott részre vonatkozó szerződés automatikusan megszűnik.

26. Jelen szerződés határozott időre, a szerződés aláírásának napjától 18+6 hónapra kerül megkötésre 2019. február 19-től 2021. február 18-ig tartó hatállyal, mely időszakon belül a 18 hónap elteltével a szerződés újabb 6 hónapra meghosszabbítható: a szerződéskötést követő 18 hónap letelte előtt 60 nappal a Vevő a szerződés újabb 6 hónapos egyszeri meghosszabbításáról dönthet, amennyiben a szerződés teljesítése megfelelt a szerződés, és a vonatkozó jogszabályok előírásainak.

27. A szerződés módosítása a Kbt. 141. §-a szerint lehetséges, az ott meghatározott feltételek fennállása esetén.”

3. A felek 2020. április 28-án megkötötték a 30523/1384/2020. iktatószámú adásvételi keretszerződést, amelynek bevezető része egy „Húsok és húskészítmények beszerzése” tárgyú, Kbt. Harmadik Része szerint lefolytatott közbeszerzési eljárásra hivatkozott (EKR000007322020). A szerződés 2020. május 1. napjától 2020. október 31-éig volt hatályban, nettó 24.000.000.-Ft értékben.

4. Az ajánlatkérő 2020. szeptember 30-án az alábbi nyilatkozatot tette a kérelmezett felé: „Jelen nyilatkozatommal intézetünk és az Új Palini-Hús Zrt. között fennálló 2019.09.19. napján aláírt 30523-6/325/2019.kpel. iktatószámú adásvételi keretszerződés időbeli hatályát 2021.02.18. napjáig kiterjesztem a szerződésben biztosított opciós jog gyakorlásával, a Kbt. 141. § (4)a.) pont szerint.”

A hivatalbóli kezdeményezés

5. A kezdeményező az általa 2021. április 7-én benyújtott kezdeményezésben ismertette, hogy a hozzá érkezett bejelentés alapján 2020. november 24-én tájékoztatást kért az ajánlatkérőtől az élelmiszer beszerzéseivel, illetőleg az azzal összefüggő közbeszerzési eljárásaival kapcsolatban. Az ajánlatkérő a 2020. december 17. napján érkeztetett adatszolgáltatása során az opciós jog gyakorlásával összefüggésben a következő tájékoztatást adta: „4. rész: Húskészítmények (Új Palini-Hús Zrt.): Ajánlatkérő élt az opciós jogával, a szerződést meghosszabbította 2021.02.18-ig, tehát a szerződés jelenleg hatályban van. A szerződés kapcsán az árak módosítására nem került sor.” Előadta a kezdeményező továbbá, hogy az ajánlatkérő adatszolgáltatása során mellékelte az opciós jog gyakorlásával összefüggésben tett, elektronikus időbélyegző szerint 2020. szeptember 30-án kelt nyilatkozatát. A hivatkozott nyilatkozat alapján nem volt egyértelműen beazonosítható a kezdeményező számára, hogy az pontosan mely szerződés hatályának meghosszabbítására

vonatkozik, figyelemmel arra, hogy abban egy 2019. szeptember 19. napján kelt szerződésre utalt, míg a tárgyi szerződés kelte 2019. február 19. napja, továbbá az EKR és a CoRe rendszerbe feltöltött szerződésen a nyilatkozatban hivatkozott iktatószám nem szerepel. A kezdeményező ezért ismételt megkereste az ajánlatkérőt, amely a 2021. január 8. napján érkezett adatszolgáltatása során csatolt nyilatkozatában közölte, hogy „a megszűnő szerződések vonatkozásában az új közbeszerzési eljárás jelenleg előkészítés alatt van. Az eljárás uniós eljárásrendben, „nyílt” eljárásként kerül lefolytatásra. Az eljárás EKR azonosítja: EKR001304132020.”. Az ezt követő tájékoztatáskérésre az ajánlatkérő 2021. február 8-án a tárgyi közbeszerzési eljárás 4. része (Húskészítmények) vonatkozásában arról adott tájékoztatást, hogy az “EKR000743372018 számú eljárás 4. része alapján megkötött 305236/325/2019.kpel. iktatószámú szerződés meghosszabbítására vonatkozó nyilatkozaton az alapszerződés aláírásának dátuma hibásan szerepel. A szerződés tényleges aláírásának napja 2019. február 19.”. Rendelkezésre bocsátotta továbbá a 2019. február 19. napján kelt szerződést, mely tartalmazta a nyilatkozatban is megjelölt iktatószámot. Ezt követően az ajánlatkérő a 2021. március 17. napján érkezett adatszolgáltatása során kifejtette, hogy „az EKR000743372018 azonosítójú „Élelmiszer beszerzés POBVI részére 18+6 hónapra” tárgyú eljárás 4. része (Húskészítmények) tekintetében megkötött szerződéssel összefüggésben az opciós jog gyakorlása tekintetében a korábban csatolt, 2020. szeptember 30. napján kelt nyilatkozaton túlmenően egyéb nyilatkozat aláírására nem került sor”, valamint, hogy az „Új-Palini Kft. részére a 2020.08.19. és 2021.02.18. közötti időszakban nettó 27.811.542.-Ft került kifizetésre”.

6. A kezdeményezés első eleme szerint az opciós rész lehívására, ezáltal a szerződés felek általi módosítására jogsértő módon került sor. Az ajánlatkérő a tárgyi közbeszerzési eljárás 4. része (Húskészítmények) vonatkozásában megkötött szerződés hatályának meghosszabbítása tárgyában kelt levelében a szerződés időbeli hatályának 2020. február 18. napjáig történő kiterjesztéséről döntött a szerződésben biztosított opciós jog gyakorlására és a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjára hivatkozással. Idézte a jogszabályt, valamint a Közbeszerzések Tanácsának a közbeszerzési eljárások eredményeként megkötött szerződések Kbt. szerinti módosításával, valamint teljesítésével kapcsolatos egyes kérdésekről szóló útmutató (KÉ. 2020. évi 180. szám; 2020. szeptember 16.; a továbbiakban: Útmutató) II. 2. pontját az alábbiak szerint: „A szerződésnek a módosulás minden feltételét előzetesen tartalmaznia kell, így a határidő meghosszabbítása esetén azt, hogy milyen esetben és mennyivel hosszabbítható meg a szerződés teljesítésének határideje, időbeli hatálya, az általánosságban meghatározott feltételek nem elegendők.” Ezt követően ismertette a közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló, az Európai Parlament és a Tanács 2014/24/EU irányelve (a továbbiakban: Irányelv) (111) preambulumbekendését, az Irányelv - szerződések módosítására vonatkozóan a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjában rögzített jogalap alkalmazhatóságára irányadó - 72. cikk (1) bekezdés a) pontját, továbbá a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény kommentárja Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjával kapcsolatos részét, utóbbiból, hogy a szerződő feleknek a szerződésben előre rögzítenie kell a későbbi változást, azt, hogy egy előre meghatározott, pontosan definiált jövőbeli körülmény, esemény bekövetkezésekor a szerződés adott tartalmi eleme hogyan változik. A Kbt. ezen pontja szerinti szerződésmódosítás alkalmazásának jogszerűségéhez továbbá szükséges, hogy minden ajánlattevő számára előre megismerhető legyen, valamint a későbbi változás pontos feltételeit és tartalmát egyértelműen rögzíteni kell. Erre figyelemmel nem elegendő egy általános jellegű megfogalmazás, vagy olyan kitételek szerződésben történő rögzítése, amelyhez további cselekmények elvégzése, egyeztetések tartása szükséges.

7. Álláspontja szerint a jogalkotói szándék egyértelmű; a szerződés későbbi változásának lehetősége, feltételei és tartalma alapvetően befolyásolhatja a potenciális gazdasági szereplők közbeszerzési eljáráson való részvételre vonatkozó döntését. A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjában továbbá külön kiemelésre került, hogy opció gyakorlása esetén is megfelelően alkalmazandók az e jogalapra irányadó feltételek, azaz az opcióra vonatkozó szerződéses feltételek e jogalap szerinti módosulására is kizárólag egyértelmű és pontosan meghatározott rendelkezések útján kerülhet sor, melynek során – a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjának érvényesülése érdekében – minden ajánlattevő számára előre megismerhető módon, egyértelműen rögzíteni kell az opció tartalmán túl az opció gyakorlásának feltételeit és módját, valamint azt, hogy az opciós tételt milyen határidőre, milyen feltételekkel lehet igénybe venni. Jelen esetben az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás dokumentumaiban maga határozta meg a beszerzési igényének kielégítésére szolgáló 18+6 hónapos időtartamot, így a szerződés meghatározott időpontban történő lejáratával számolnia kellett. A szerződés időbeli hatálya megszűnésének ismerete olyan körülménynek minősül, amelynek tudatában az ajánlatkérőnek megfelelő határidőben gondoskodnia kell a beszerzési igénye folyamatosságának biztosításáról. A kezdeményező szerint a szerződésben pontosan rögzítésre kerültek az opció lehívására vonatkozó feltételek, azaz, hogy a szerződés egy alkalommal, a szerződéskötést követő 18 hónap letelte előtt 60 nappal (azaz jelen esetben 2020. június 19. napjáig) tett egyoldalú nyilatkozattal, a szerződés újabb 6 hónapra (2021. február 18. napjáig) volt meghosszabbítható. Az ajánlatkérőnek az opciós jog gyakorlásával összefüggésben tett nyilatkozata azonban az elektronikus dátumbélyegző szerint 2020. szeptember 30. napján, azaz mind az opció lehívására vonatkozó nyilatkozat megtételére nyitva álló határidő (2020. június 19.), mind a szerződés 18 hónapos hatályának (2020. augusztus 18.) lejártát követő időpontban került kiadmányozásra. Ekként tehát a felek általi szerződésmódosításra a szerződés időbeli hatályának 2020. augusztus 18-ai lejártát követően (ezen időpontra visszaható hatállyal), 2020. szeptember 30. napján került sor.

8. A fentiekre tekintettel az ajánlatkérő nem a „minden ajánlattevő számára előre megismerhető módon”, nem a szerződésben egyértelműen rögzített előírások mentén érvényesítette az opciót. Ezen körülmény jogszerűségének elfogadásával szerződő felek eltértek a szerződésben előre meghatározott rendelkezésektől. A kezdeményező szerint az ajánlatkérő akkor járt volna el jogszerűen, ha a szerződésben egyértelműen rögzített, pontos feltételek szerint, határidőben, a szerződés időbeli hatálya alatt érvényesítette volna az opciót, ekként hosszabbítva meg a szerződést. A kezdeményező szerint a felek azzal, hogy a szerződésben az ajánlattevők számára előre megismerhető módon rögzített feltételektől eltérően gyakorolták az opciót, megsértették a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontjában foglaltakat. Álláspontja szerint a szerződésmódosítás jogszerűségének vizsgálata során nincs relevanciája annak, hogy melyik szerződő fél kezdeményezte a szerződésmódosítást, ha a szerződésmódosítás létrejött, az akarategyezősége tekintettel valamennyi szerződő felet felelősség terheli, mellyel kapcsolatosan lényeges, hogy az Európai Unió Bírósága C-263/19. számú ítélete megerősíti, hogy a szerződésmódosítás jogsértő volta esetén a jogsértésért nemcsak az ajánlatkérő, hanem a nyertes ajánlattevő felelőssége megállapításának, egyúttal bírság kiszabásának is helye lehet.

9. A feltételezett jogsértés álláspontja szerint 2020. szeptember 30-án történt meg (az opció lehívására vonatkozó ajánlatkérői nyilatkozat kelte, azaz a szerződésmódosítás időpontja), míg a feltételezett jogsértésről 2020. február 8-án szerzett tudomást, amikor az ajánlatkérő opciós jog gyakorlására vonatkozó nyilatkozat elkészítésére vonatkozó információt tartalmazó nyilatkozata beérkezett hozzá.

10. A kezdeményezés második eleménél a kezdeményező előadta, hogy a szerződés az opciós jog késedelmes gyakorlása okán álláspontja szerint a 18 hónapos „alap-időszak” lejártával, 2020. augusztus 18-án megszűnt. Ezt követően azonban az ajánlatkérő, mint Beszerző a húskészítmények vonatkozásában továbbra is fennálló igényét a kérelmezettől történő beszerzés útján valósította meg, a szerződés jogellenes módosítása, meghosszabbítása útján, illetve egy másik közbeszerzés eredményeképp kötött, 2020. május 1. napjától 2020. október 1. napjáig hatályban lévő közbeszerzési szerződés alapján. A beszerző arra a kezdeményezői kérdésre, hogy az opció lehívására tett nyilatkozata alapján mekkora összegben került sor a kérelmezettől húskészítmények beszerzésére, a 2021. március 17. napján kelt nyilatkozatában arról adott tájékoztatást, hogy 2020. augusztus 19. napjától 2021. február 18. napjáig összesen nettó 27.811.542.-Ft összegben. A kezdeményező szerint a kérelmezettől történő húskészítmény-beszerzést megelőzően a beszerzőnek – a Kbt. 19. §-ában foglalt rendelkezések figyelembevételével – közbeszerzési eljárást kellett volna lefolytatnia a Kbt. 4. § (1) – (2) bekezdései, a Kbt. 5. § (1) bekezdés c) pontja alapján tekintettel arra, hogy a beszerző közbeszerzésre köteles szervezet, a beszerzése visszterhes volt és meghaladta a vonatkozó értékhatárt.

11. Hangsúlyozta, hogy az ajánlatkérő késedelmesen, a szerződés időbeli hatályának lejártát követően tett nyilatkozatot az opciós rész lehívására vonatkozóan, így a szerződés csupán 2020. augusztus 18. napjáig volt hatályban. Ezt követően a 2020. augusztus 19. napjától 2021. február 18. napjáig terjedő időszak tekintetében közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül szerezte be a húskészítményeket a kérelmezettől. A Kbt. a részekre bontás tilalma esetében nem tesz különbséget aszerint, hogy a közbeszerzés részekre bontására milyen okból kerül sor. Emiatt a kezdeményező szerint nem vehető figyelembe, hogy a beszerzőnek a késedelmesen gyakorolt opciós jog okán lejárt a szerződése, és ezen körülmény vezetett oda, hogy közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül szerezte be a húskészítményeket az eladótól. A beszerző számára ismert volt, hogy a közbeszerzési eljárás során megkötött szerződése az opciós jog határidőben történő gyakorlásának hiányában 2020. augusztus 18. napján lejár, így a későbbiekben közbeszerzési eljárást kell lefolytatnia, meg kell oldania a húskészítmények beszerzését legalább további 6 hónapra. A beszerző azonban az opció késedelmes lehívása okán nem rendelkezett hatályos szerződéssel; 2020. augusztus 19. napjától 2021. február 18. napjáig közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül, a szerződés jogellenes módosításával, meghosszabbításával szerezte be a húskészítményeket. A Kbt. 19. § (3) bekezdése alapján a beszerzőnek a kérelmezett által teljesített beszerzés megvalósításakor uniós, nyílt közbeszerzési eljárás becsült értékét figyelembe kellett volna vennie, tekintettel arra, hogy azonos vagy hasonló felhasználásra – fogvatartottak étellemezésére – szánt áruk beszerzését részekre bontva valósította meg. A 4. rész (Húskészítmények) vonatkozásában a lejárt szerződés okán fennmaradó beszerzési igény mind tárgyában, mind időtartamában szoros egységet képezett a szerződéskötést megelőzően lefolytatott uniós, nyílt közbeszerzés eljárás tárgyával, ennek megfelelően az így meghatározott érték alapján kellett volna vizsgálnia azt, hogy fennáll-e a közbeszerzési eljárás lefolytatásának a kötelezettsége. E körben idézte a Kbt. 15. § (1) – (3), valamint (5) bekezdéseit, a 21. § (1) bekezdését, valamint a Közbeszerzési Hatóság elnökének a 2020. január 1-jétől irányadó közbeszerzési értékhatárokról szóló tájékoztatóját (KÉ 2019. évi 224. szám, 2019. 11. 21.), valamint a 2021. január 1-jétől irányadó közbeszerzési értékhatárokról szóló tájékoztatót, amelyek szerint az uniós értékhatár árubeszerzés és szolgáltatásmegrendelés esetén a Kbt. 5. §-a szerinti egyéb ajánlatkérő esetében, valamint a Kbt. 5. § (1) bekezdés a)-b) pontjában meghatározott ajánlatkérők esetében, ha védelem terén a beszerzendő áru a Kbt. 2. mellékletében (2014/24/EU irányelv III. mellékletében) nem szerepel, 214.000 euró, azaz 68.171.840 forint, a 2.1. pont alapján klasszikus ajánlatkérők esetében a nemzeti értékhatár árubeszerzés

esetében 15.000.000 forint. Idézte továbbá a Közbeszerzések Tanácsának a becsült érték számítása, a részekre bontás tilalma és a beszerzési igények mesterséges egyesítése tárgyában kiadott útmutatóját (KÉ 2017. évi 95. szám; 2017. június 9.), amelynek 2. Részekre bontás tilalma pontjában a következők kerültek rögzítésre: „Lényeges, hogy mindig az adott eset egyedi körülményeinek megfelelően kell megítélni az egy közbeszerzés fennállását. Elsődlegesen mindig a műszaki-gazdasági funkcionális egység fennállását kell vizsgálni.”. Az útmutató hivatkozott pontjában foglaltak szerint kiegészítő szempont lehet továbbá az ugyanazon ajánlatkérő személye, az egységes tervezés és döntés, valamint az időbeli összefüggés. Álláspontja szerint árubeszerzés esetében a műszaki-gazdasági funkcionális egység akkor valósulhat meg, ha az áruk azonos, vagy hasonló felhasználási cél megvalósulását szolgálják. Jelen esetben a műszaki-gazdasági funkcionális egység abban érhető tetten, hogy a termékek egyaránt a fogvatartottak ételmezésére szolgáltak. A beszerzési igény nagyjából egy időben merült fel az ajánlatkérőnek minősülő beszerzőnél (a mellőzéssel érintett beszerzés közvetlenül az eredetileg uniós, nyílt közbeszerzési eljárásban a 4. rész (Húskészítmények) tekintetében megkötött szerződés 18 hónapos „alap-időszak” lejártát követően, az opcióval meghosszabbítható 6 hónapos időszakon belül esett). Mindezek alapján tehát az alapeljárásban meghatározott 4. rész (Húskészítmények) tekintetében továbbra is fennálló igény vonatkozásában közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül történt beszerzés értéke hozzászámítandó az alapeljárás értékéhez.

12. A kezdeményező szerint a fent kifejtettek értelmében a beszerző nem bonthatta volna részekre az tárgyi közbeszerzési eljárás becsült értékét, valamint a kérelmezőtől 2020. augusztus 19. napjától beszerzett húskészítmények ellenértékét. Az előzményi uniós, nyílt közbeszerzési eljárás becsült értékének, valamint a kérelmezettől megvalósított beszerzés értéke meghaladta a beszerző esetében az árubeszerzésre irányadó uniós értékhatárt, figyelemmel arra is, hogy az előzményi uniós, nyílt közbeszerzési eljárás felhívásának II.1.5) pontja alapján a közbeszerzési eljárás becsült értéke nettó 406.503.786.-Ft volt. Fentiekből következően a beszerző a kérelmezett által teljesített beszerzéseit, mint árubeszerzéseket akkor valósította volna meg jogszerűen, ha közbeszerzési eljárás lefolytatásának eredményeként köt szerződést, így a beszerző megsértette a Kbt. 19. § (2) és (3) bekezdésére, valamint a Kbt. 21. § (1) bekezdésére tekintettel a Kbt. 4. § (1) bekezdését akkor, amikor a fenti jogszabályi rendelkezéseket figyelmen kívül hagyva, közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül valósította meg 2020. augusztus 19. – 2021. február 18. napja közötti időszakra vonatkozóan az alap közbeszerzési eljárás 4. részében meghatározott húskészítmények tekintetében továbbra is fennálló igényeinek kielégítésére szolgáló árubeszerzését.

13. A feltételezett jogsértés álláspontja szerint 2020. augusztus 19-án történt meg (a szerződés lejártát követő napon), míg a feltételezett jogsértésről 2020. február 8-án szerzett tudomást, amikor a beszerző az opció határidőn túli lehívására, ezáltal a közbeszerzési eljárás mellőzésével történő beszerzésre vonatkozó információt tartalmazó nyilatkozata részére megküldésre került.

14. Az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás során tett nyilatkozatával kapcsolatosan kifejtette, hogy a tárgyi szerződés egyértelmű rendelkezést tartalmaz az opciós jog gyakorlására tekintettel, a 26. pontból következik, hogy a szerződéskötést követő 18 hónap letelte előtt 60 nappal köteles az ajánlatkérő nyilatkozni, hogy további 6 hónappal meg kívánja hosszabbítani szerződés időtartamát. Az ajánlatkérő észrevételében nem vitatta, hogy az opció lehívására nem a szerződés fent hivatkozott rendelkezései alapján került sor. A felek személyes egyeztetése, vagy ráutaló magatartása azonban nem tekinthető az ajánlatkérő egyoldalú nyilatkozatának, melyre tekintettel az opció szerződésszerűen nem volt lehívható. A

kezdeményező szerint az ajánlatkérőnek az egyoldalú nyilatkozat megtételét annak ellenére tudnia kellene bizonyítani, hogy szóbeli egyeztetés alapján történt az opciós jog gyakorlására vonatkozó nyilatkozat megtétele, akár az egyeztetésről jegyzőkönyv felvételével, akár a későbbiek során egy ennek igazolására szolgáló esetleges tanúvallomással. Álláspontja szerint továbbá a nyilvánosság és a közpénzekkel való felelős gazdálkodás elvének biztosítása, továbbá a szerződés teljesítésének ajánlatkérő, vagy külső, ellenőrzést végző szerv általi ellenőrizhetősége érdekében a teljesítés valamennyi „lépése” dokumentált kell, hogy legyen, vagyis írásbeliséget követel meg. A szerződés 26. pontjára tekintettel az ajánlatkérőnek legkésőbb 2020. június 19-én nyilatkoznia kellett volna a kérelmezett felé, miszerint opciós jogával élni kíván, azaz további 6 hónappal kívánja meghosszabbítani a szerződés hatályát. Azzal, hogy az ajánlatkérő késedelmesen, 2020. szeptember 30. napján írásban értesítette/tájékoztatta a kérelmezettet az opció lehívásáról, a jogsértést nem legalizálhatja. Az ajánlatkérőnek 2020. augusztus 18. napját, azaz a szerződés 18 hónapos „alap-időszak” lejártát követően új beszerzési igénye keletkezett, melyre figyelemmel a 2020. augusztus 19. napja és 2021. február 18. napja közötti beszerzési időszakokra közbeszerzési eljárást kellett volna lefolytatnia.

Az ajánlatkérő észrevétele

15. Az ajánlatkérő szerint a két önálló kezdeményezési elem ugyanazon ajánlatkérői cselekményre vonatkozik, eltérő megközelítésből, egymásnak ezért a két kezdeményezési elem ellentmond, egymást kizárják. Ha az ajánlatkérő a szerződés meghosszabbítását késedelmesen végezte el, és emiatt megsértette a Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontját, akkor ezzel rögzítette a szerződés meghosszabbítás – a Kbt. fogalmai szerint szerződés-módosítás - megtörténtét. Azonban, ha a szerződés módosítását elismeri, akkor az így létrejött jogviszony (a szerződés meghosszabbított időszaka) az alap-szerződés részévé vált, amely – az egyéb feltételek (pl. keretösszeg) fennállása esetén nem tekinthető önálló beszerzési igénynek. Ezáltal a második kezdeményezési elem értelmét veszti, mivel az ajánlatkérő nem valósított meg a Kbt. hatályán kívüli beszerzést. Ha a kezdeményező a 2020. augusztus 18-át követő időszakban teljesített beszerzéseket (szállításokat) a Kbt. mellőzésével megvalósított beszerzéseknek tekinti, akkor egyidejűleg nem vélelmezhető a közbeszerzés alapján megkötött szerződés (akár jogszerű, akár jogszerűtlen) meghosszabbítása.

16. Álláspontja szerint a felek nem követtek el jogsértést a szerződés meghosszabbítása kapcsán, ezért a szerződés ekként történő módosítása jogszerű volt. Felhívta a figyelmet, hogy a szerződés ajánlatkérő általi meghosszabbítása – mint egy „opció lehívása” - csak egy „kvázi” szerződésmódosítás, mivel annak leglényegesebb eleme (a két fél döntésén alapuló változás) nem valósul meg. Erre utal a Közbeszerzési Hatóságnak az e témakörben kiadott útmutatója is (KÉ. 2020. évi 180. szám; 2020. szeptember 16.), mely a 141. § (4) bekezdés a) pontja kapcsán kiemeli, hogy „tulajdonképpen nem történik szerződésmódosítás, mivel az előre jelzett körülmények bekövetkezésekor a szerződés – szintén előre rögzített módon – módosul”. Továbbá az útmutatóban a Közbeszerzési Hatóság is megjegyzi, hogy „A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja a szerződés módosulását és nem módosítását jelenti”. Bár nyilvánvaló, hogy az opció lehívása nem egy automatikusan bekövetkező esemény, hanem az ajánlatkérő (megrendelő) döntésén és nyilatkozatán múlik, azonban ennek formáját a Kbt. nem határozza meg. A szerződés is úgy rendelkezik, hogy „a szerződés újabb a Vevő egyoldalú nyilatkozatával további 6 hónapra meghosszabbítható”, valamint, hogy „Vevő a szerződés újabb 6 hónapos egyszeri meghosszabbításáról dönthet, amennyiben a szerződés teljesítése megfelelt a szerződés, és a vonatkozó jogszabályok előírásainak”. Tehát sem a szerződés, sem a Kbt. 141. §-a nem mondja ki, hogy a szerződés meghosszabbítása kizárólag

írásban történhet. A szerződés alap-időszakának letelte előtt (2020. májusában) a felek személyes egyeztetést folytattak a szerződésben meghatározott egységárak tekintetében, és bár az árak vonatkozásában nem került rögzítésre módosítási szándék, azonban az ajánlatkérő képviselője jelezte a kérelmezett felé, hogy a szerződést meg kívánja hosszabbítani a szerződés 26. pontja szerint (további 6 hónapra). Nem vitatott tény, hogy a hosszabbítás írásos megerősítésére csak 2020. szeptember 30-án került sor, azonban a felek ráutaló magatartása is alátámasztja a hosszabbítási szándék közlését (mivel az ajánlatkérő 2020. augusztus 18-át követően is rendelt, a kérelmezett pedig a rendeléseket teljesítette, a szerződés szerinti árakon. A szerződés szóban történő meghosszabbításával kapcsolatban egyetértett azzal, hogy a Kbt. 41. §-a elsődlegesen az írásbeli kommunikációt írja elő, azonban jelen esetben is megtörtént a szerződéshosszabbítási szándék írásban történő utólagos megerősítése.

17. Nyilatkozott az ajánlatkérő, hogy a jelen jogorvoslati eljárással érintett – meghosszabbított szerződés lejárt, így a szerződés teljesült, továbbá a leszállított élelmiszer-alapanyagok konyhai felhasználása már megtörtént, így az eredeti állapot helyreállítására nincs lehetőség. A szerződés meghosszabbításával érintett időszakban a felek között bruttó 17.735.618 Ft értékben valósult meg teljesítés, kifejezetten a tárgyi szerződés alapján nettó 14.789.324.-Ft értékben.

18. Nyilatkozott továbbá, hogy a szerződés teljesítéséhez kiemelkedően fontos közérdek fűződik, ugyanis az ajánlatkérő alapfeladatát képezi a büntetés-végrehajtás felügyelete alatt álló elítéltek ellátása, így különösen az étkeztetése. Az elítéltek ételmezését a 16/2014. (XII.19.) IM rendelet 128. §-a kötelezően ellátandó feladatként határozza meg, Magyarország nemzetközi jogi és európai uniós kötelezettségeinek figyelembevételével (lásd még a 2013. évi CCXL. törvényt). A fogvatartottak ételmezése olyan kiemelt közfeladat, melynek elmaradása sértené az alapvető emberi jogokat, és Magyarország nemzetközi megállapodásait, így az minden körülmények között biztosítandó. Az ajánlatkérő a felügyelete alá vont elítéltek ételmezését saját főzőkonyhából végzi, melyhez az alapanyagot a jogorvoslat tárgyává tett szerződésből biztosítja. A fogvatartottak ellátását a jogszabályi kötelezettség mellett az ajánlatkérő alapító okirata is rögzíti, melyet jelen nyilatkozata mellékleteként csatolt.

A kérelmezett észrevétele

19. A kérelmezett kifejtette, hogy szerződés 6 havi egyszeri meghosszabbítása egy egyoldalú opció az ajánlatkérő részéről, mely nem jár szerződésmódosítással és természetesen az árak változtatásával sem, ezért kétoldalú írásos szerződésmódosításra nem volt szükség. Sem a szerződés, sem a Kbt. 141. §-a nem mondja ki, hogy a szerződés meghosszabbítása kizárólag írásban történhet. Előadta, hogy 2020. május 14-én személyes megbeszélést folytatott az ajánlatkérő képviselőivel, melynek során egyértelműen nyilatkozták, hogy a fennálló szerződést a szerződés 26. pontja szerint további 6 hónapra meg kívánják hosszabbítani. Mivel ez egyoldalú döntés, természetesen elfogadta azt és ezen szerződéses opció realizálását a felek ráutaló magatartása is biztosítja, mivel az eredeti szerződés lejáratát követően, azaz 2020. augusztus 19. után változatlan feltételekkel és árakkal folytatta a szállítást, nyilatkozata szerint nettó 14.789.324.-Ft értékben.

20. Nyilatkozott a kérelmezett, hogy álláspontja szerint a büntetés-végrehajtási intézet napi friss élelmiszer-alapanyaggal történő ellátása kiemelkedően fontos közérdeknek minősül. A szerződés alapján továbbá 2021. február 18-ától kezdődően – a szerződés lejáratú időpontja – teljesítés nem történik.

A Döntőbizottság eljárása, döntése és annak indokai

21. A jogorvoslati eljárás alapját képező kezdeményezés két kezdeményezési elemet tartalmaz, mindkettő ugyanazon beszerzés tekintetében kéri jogsértés megállapítását, az egyik a szerződésmódosítás jogsértő volta, a másik a közbeszerzési eljárás jogszerűtlen mellőzése miatt, így a Döntőbizottság abban a kérdésben foglalt állást, hogy az irányadó tényállás alapján a felek jogviszonyában az ajánlatkérő 2020. szeptember 30-i nyilatkozata jogellenes szerződésmódosítást vagy közbeszerzési eljárás mellőzését valósíthatta meg.

22. Lényeges körülmény, hogy a felek a tárgyi közbeszerzési eljárás 4. része tekintetében 18+6 hónap határozott időtartamra kötöttek keretszerződést, amelyben egyértelműen meghatározták, hogy a keretszerződés időbeli hatálya 2019. február 19-étől 2021. február 18-áig tart. A felek rögzítették a szerződésben azt is, hogy az akkor szűnik meg, ha a „24 hónapos időszakon belül a szerződéses keretösszeg kimerül”. A keretszerződés tartalmazta továbbá, hogy a szerződés a 2019. február 19-étől 2021. február 18-a közötti időszakban a 18 hónap leteltével, a 18 hónap letelte előtt 60 nappal a vevő egyoldalú nyilatkozatával újabb hat hónappal meghosszabbítható (opció). Az ajánlatkérő 2020. szeptember 30-án, a keretszerződés időbeli hatálya alatt, azonban a keretszerződésben az opció lehívására rögzített határidőn túli időpontban élt írásban az opciós lehetőséggel.

23. A kezdeményezés második eleme – közbeszerzés mellőzése – tekintetében a Döntőbizottság a fenti tények ismeretében a Kbt. vélt beszerzés mellőzésének időpontjában hatályos rendelkezései alapján az alábbiak szerint foglalt állást.

24. A Kbt. 2. § (7)-(8) bekezdései szerint:

(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.

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

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

25. A Döntőbizottság rögzíti, hogy az ajánlatkérő 2020. szeptember 30-án olyan időpontban élt írásban az opciós joggal, amikor még a keretszerződés hatályban volt: az opciós nyilatkozat keltekor sem a szerződéses keretösszeg nem merült ki (a szerződés önmaga rendelkezett saját maga megszűnéséről erre az esetre), sem a szerződés megszűnésének időpontjaként rögzített 2021. február 18-i időpont nem következett be. Fentiekből következően a nettó 14.789.324.-Ft értékű beszerzés megrendelésére érvényes, hatályos közbeszerzési szerződés alapján került sor, így a Kbt. 4. § (1) bekezdése szerinti feltétel – az ajánlatkérő beszerzését megelőzően közbeszerzési eljárást köteles lefolytatni - fennállt. A Döntőbizottság nem osztotta a kezdeményező azon álláspontját, amely szerint a

keretszerződés a 18 hónapos „alapidőszak” elteltével megszűnt, mert ilyen rendelkezés magából a szerződésből nem volt kiolvasható és erre egyéb körülmények sem utaltak.

26. Tekintettel arra, hogy a fentiek alapján a közbeszerzési eljárás mellőzésére nem került sor, a Döntőbizottság a kezdeményezés második eleme tekintetében a jogsértés hiányát állapította meg.

27. Fentebb a Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő nem valósította meg a közbeszerzési eljárás mellőzését, amikor, bár nem teljesen a szerződés előírásai szerint, de mégiscsak fennálló közbeszerzési szerződés alapján elégitette ki további beszerzési igényét. Sem az ajánlatkérő, sem a kérelmezett nem vitatták, hogy az opciós joggal nem a szerződésben rögzítetteknek megfelelően éltek, a szerződés szerint erre – mint ahogy a kezdeményező kifejtette – a szerződés hatályba lépésétől kezdve 18 hónapon belül, a 18 hónap leteltét megelőző 60 nappal, vagyis 2020. június 19-éig lett volna lehetőség. Az ajánlatkérő továbbá maga is szerződésmódosításra hivatkozott a 2020. szeptember 30-i opciós jogot érintő nyilatkozatában, amelyből olyan egyértelmű következtetés vonható le, hogy ő maga is a keretszerződés módosításaként tekintett ezen beszerzésére. A kérelmezett az ajánlatkérő szerződéstől való eltérésére irányuló szándékát elfogadta, a nettó 14.789.324.-Ft értékű árut a részére leszállította, ezzel a felek a 30523-6/325/2019. iktatószámú keretszerződés módosítását közösen valósították meg. A Döntőbizottság nem osztotta az ajánlatkérő és a kérelmezett azon álláspontját, amely szerint azért nem lehet a jelen esetben szerződésmódosításról beszélni, mert ilyen egyező szándék a felek által nem került írásba foglalásra, valamint mert a „módosulás” az ajánlatkérő által tett egyoldalú nyilatkozattal történt meg. Egyrészt mindkét szerződő fél elismerte a jogorvoslati eljárás során, hogy a hat hónapos meghosszabbított időszakban „ráutaló magatartással” teljesítettek, másrészt mindketten úgy nyilatkoztak, hogy a további teljesítésről előzetesen szóban megegyeztek. A szerződésmódosítás tárgyában egyébként született írásbeli dokumentáció – maga az opciós nyilatkozat -, ugyanakkor az ajánlatkérő és a kérelmezett nyilatkozatai, a szóbeli megállapodásuk, valamint a kérelmezett teljesítése is azt támasztja alá, hogy az opciós jog lehívását érintően a szerződéses felek között szerződésmódosítás jött létre. A Döntőbizottság álláspontja szerint, önmagában a szerződésmódosítás írásbeli aláírása, valamint a szerződésmódosításra vonatkozó hirdetmény közzétételének jogsértő elmaradása nem mentesíti a két felet attól, hogy a jogszerű szerződésmódosítás feltételeit biztosítsák.

28. Lényeges annak rögzítése ugyanakkor, hogy amennyiben a felek között szerződésmódosításra került sor, mi minősül annak tartalmának. Mint fentebb a Döntőbizottság a felhívás és a keretszerződés rendelkezései elemzése során rögzítette, az opcionális rész igénybevétele jelen közbeszerzés során nem a szerződés eredeti hatályának meghosszabbítását jelentette (mert a szerződés eredetileg is 24 hónapos hatállyal került megkötésre, és ezen az opciós lehívás nem változtatott), nem jelentett lehetőséget további értékben történő megrendelésre (mert a szerződés eredetileg is nettó 128.941.826.-Ft értékben került megkötésre, és az összeg az opciós lehívás eredményeként nem változott), amennyiben tehát a felek között szerződésmódosítás történt, az kizárólag az opciós jog lehívási véghatárideje írásbeli meghosszabbításaként értelmezhető. A következőkben ezért – a kezdeményezés első eleme körében – a Döntőbizottság azt vizsgálta, hogy a fenti tartalmú szerződésmódosításra a Kbt. előírásainak megfelelően került-e sor.

29. A Kbt. 141. § (1) bekezdése szerint ezen alcím rendelkezéseit alkalmazni kell a szerződés felek - vagy az erre jogosult valamelyik fél - általi módosítására, valamint a felek

jogviszonyának a szerződésben foglalt rendelkezéseknek megfelelő változására (a továbbiakban együtt: szerződésmódosítás).

A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja szerint a (2) bekezdésben szabályozott esetek mellett a szerződés - a (6) bekezdésben foglalt feltételek vizsgálata nélkül - új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül módosítható, illetve módosulhat az alábbiak közül bármely esetben:

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;

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

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

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

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

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

30. 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 taxatíve sorolják fel, amelyek értelmezésekor a Kbt. 2. § (7) bekezdés első mondata szerinti kógenciára is figyelemmel kell lenni. A Kbt. 141. § (6) bekezdése szerint a közbeszerzési szerződés új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül akkor módosítható, ha a módosítás nem lényeges, és mindig lényegesnek kell tekinteni a módosítást, ha az eredeti szerződéses feltételektől lényegesen eltérő érdemi feltételeket határoz meg. A Kbt. 141. § (4) bekezdés a) pontja szerinti feltétel jogszerű alkalmazhatósága abban az esetben merül fel, amennyiben a szerződésmódosítás nem lényeges.

31. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság először a szerződésmódosítás lényeges minősége kérdésében foglalt állást.

32. 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 és a Kbt. 58. § (1) bekezdése a közbeszerzés mennyiségét és az opcionális részt olyan lényeges érdemi körülménynek minősíti, amelyet a közbeszerzési eljárást megindító felhívásban rögzíteni kell, és az ajánlatkérő mindezt a felhívás II.2.11) pontjában meg is tette. Ehelyütt rögzítésre kerültek az opcionális rész igénybevételének

feltételei, különösen, hogy a hat hónapos „meghosszabbításra” a szerződéskötést követő 18 hónap leteltét megelőzően 60 nappal kerülhet sor. A közbeszerzési dokumentumok - felhívás II.2.11) pontja - és a szerződéstervezet vonatkozó előírásai ismeretében tehát az ajánlattételkor az volt megállapítható, hogy amennyiben az ajánlatkérő a 18 hónap letelte előtt 60 nappal nem él opciós jogával, annak ellenére, hogy a szerződés hatályban van, megrendelésre már nem kerülhet sor. Az ajánlattevők tehát azzal a feltétellel tettek ajánlatot a tárgyi közbeszerzési eljárásban, vagyis úgy készülhettek fel a teljesítésre, hogy amennyiben a keretösszeg nem merül ki a 18. hónap végéig, ezt megelőzően 60 nappal, vagyis két hónappal – pontosan a szerződéskötést követő 16. hónap leteltéig – további hat hónapig szállítaniuk kell, amennyiben az ajánlatkérő él opciós jogával.

33. Az ajánlatkérő és a kérelmezett egyező nyilatkozatai szerint – amelyet sem a kezdeményező nem vitatott, sem az ügy körülményei nem cáfoltak – a felek 2020. májusában szóban megegyeztek arról, hogy az opciós joggal élni fog az ajánlatkérő, a kérelmezett pedig ennek megfelelően teljesít a későbbiekben. Mindez így is történt és az opciós jogról az ajánlatkérő a 2020. szeptember 30-án kiadott nyilatkozattal rendelkezett írásban. Fentiek alapján az állapítható meg, hogy a felek nem változtattak az eredeti szerződésen: bár nem írásban, hanem szóban egyeztek meg az opciós jog igénybevételéről, sem a szerződés hatályát, sem a lehívható keretösszeget nem változtatták meg. A Döntőbizottság álláspontja szerint a felek szerződéses jogviszonyában kizárólag annyiban történt változás, hogy az opciós jog írásban történő érvényesítésére az eredeti feltételekhez képest később került sor, mindez azonban nem tekinthető a Kbt. 141. § (6) bekezdése szempontjából lényeges változásnak.

34. Tekintettel arra, hogy a módosítás a Kbt. 141. § (6) bekezdése alapján nem minősül lényegesnek, és erre az esetre a jogszabály a további feltételek vizsgálatát nem teszi lehetővé, a Döntőbizottság a kezdeményezés második eleme tekintetében megállapította a jogsértés hiányát.

35. Figyelemmel arra, hogy a Döntőbizottság a jogorvoslati eljárás során tudomást szerzett arról, hogy az ajánlatkérő az ajánlattételi felhívás II.2.7) pontja, valamint a szerződés szerinti határidőn belül nem nyilatkozott írásban az opciós jog igénybevételéről, a 2021. június 14-én kelt, D.163/21/2021. iktatószámú végzésével a jogorvoslati eljárást a Kbt. 158. § (1) bekezdés első és második mondata alkalmazásával kiterjesztette annak vizsgálatára, hogy az ajánlatkérő megsértette-e a Kbt. 46. § (1) bekezdését és a Kbt. 142. § (1) bekezdését.

36. A Kbt. 2. § (1) bekezdése szerint a közbeszerzési eljárásban az ajánlatkérő köteles biztosítani, a gazdasági szereplő pedig tiszteletben tartani a verseny tisztaságát, átláthatóságát és nyilvánosságát.

A Kbt. 46. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárását - annak előkészítésétől az eljárás alapján kötött szerződés teljesítéséig - írásban köteles dokumentálni.

A Kbt. 142. § (1) bekezdése szerint az ajánlatkérő köteles dokumentálni a szerződés teljesítésére vonatkozó adatokat, ennek keretében köteles ellenőrizni és dokumentálni azon szerződéses kötelezettségek teljesítését, amelyeket a közbeszerzési eljárásban az értékelés során figyelembe vett, valamint minden, a szerződésben foglaltaktól eltérő teljesítést, annak okait és - adott esetben - a szerződésszegéssel kapcsolatos igények érvényesítését.

37. A törvény céljainak, alapelveinek, így különösen az átláthatóság és a nyilvános ellenőrizhetőség biztosítása érdekében a Kbt. 46. § (1) bekezdése előírja, hogy az ajánlatkérő

köteles minden egyes közbeszerzési eljárását annak előkészítésétől az eljárás alapján kötött szerződés teljesítéséig írásban dokumentálni. Mindezen alapelvi jelentőségű előírást a Kbt. 142. § (1) bekezdése is megerősíti, mikor az ajánlatkérő feladatává teszi a közbeszerzési szerződés teljesítésére vonatkozó adatok dokumentálását.

38. A fenti jogszabályi rendelkezések alapján az ajánlatkérőnek a felhívás II.2.7) és II.2.11) pontja szerinti opciós jog igénybevételével kapcsolatos döntését írásban dokumentálnia kellett volna úgy, hogy abból az igénybevétel jogszerűsége (határidőben megvalósulása) egyértelműen megállapítható legyen. A Döntőbizottság megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 46. § (1) bekezdését és a Kbt. 142. § (1) bekezdését, amikor a kérelmezettel szóban megegyezett az opciós rész igénybevételéről, az, hogy az írásbeli nyilatkozattétel hónapokkal később történt meg, sértette a tételes jogszabályokat, amelyeken keresztül nem felelt meg a közbeszerzések átláthatóságára vonatkozó alapelvi követelményeknek sem. Fentiekre tekintettel a Döntőbizottság a hivatalbóli kiterjesztés körében megállapította, hogy az ajánlatkérő megsértette a Kbt. 46. § (1) bekezdését és a Kbt. 142. § (1) bekezdését.

39. A Döntőbizottság a Kbt. 145. § (2)-(3) bekezdéseiben meghatározott hatáskörében eljárva a fenti indokokra tekintettel a Kbt. 165. § (2) bekezdés b) pontja alapján a kezdeményezés tekintetében a jogsértés hiányát, míg a Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján a hivatalbóli kiterjesztés alapján a jogsértést állapította meg.

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

A Kbt. 165. § (4) bekezdése szerint a (3) bekezdés d) pontja szerinti bírság összege - a (11) bekezdésben foglaltak figyelembevételével - a közbeszerzési eljárás becsült értékének, illetve részajánlattétel esetében a jogorvoslattal érintett rész értékének legfeljebb 10%-a.

A Kbt. 165. § (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.

41. A Döntőbizottság a Kbt. 165. § (3) bekezdés d) pontja alapján a rendelkező részben közölt összegű bírságot szabta ki, melynek során megállapította, hogy a megvalósított jogsérelem súlyosnak minősül, tekintettel arra, hogy a közbeszerzések átláthatóságát sértő alapelvi követelmény közvetlen érvényesülését célzó tételes jogi előírások megsértésére került sor az ajánlatkérő által. A Döntőbizottság azt is figyelembe vette, hogy a jogsértés nem reparálható, továbbá a közbeszerzési eljárás becsült értékét, amely nettó 128.941.826.-Ft,

ugyanakkor, mivel nem merültek fel a beszerzés tárgyával összefüggő speciális körülmények, a Kbt. 165. § (11) bekezdés b) pontja első fordulatában rögzített feltételt önmagában nem értékelte. Mindezen szempontokat összességében is mérlegelve a rendelkező részben megállapított összegű bírságot tartotta indokoltnak, amely még mindig jóval alatta marad a Kbt. 165. § (4) bekezdése szerinti maximális mértékének (a bírság a közbeszerzési eljárás becsült értékének 0,5 %-a). A Döntőbizottság a bírság mértékénél nem vette figyelembe a jelen ügy tényállása szempontjából nem releváns Kbt. 165. § (11) bekezdés c), d) és f) pontjaiban foglaltakat, valamint nem talált arra utaló körülményt, hogy a jogsértés nyilvánvalóan szándékos volt. A bírságösszeg megállapítása körében szintén nem értékelte a Kbt. 165. § (11) bekezdés e) pontjában foglalt feltételt, tekintettel arra, hogy a közbeszerzési eljárás megindítása és a jogorvoslati eljárás megindítása között álláspontja szerint nem telt el hosszú időtartam.

42. A Döntőbizottság az eljárási költségek viseléséről az Ákr. 126. §-ában foglaltakra figyelemmel rendelkezett.

43. A határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatát a Kbt. 170. §-a biztosítja. A Döntőbizottság tájékoztatja a feleket, hogy jelen határozat közigazgatási perben történő felülvizsgálatára a közigazgatási perrendtartásról szóló 2017. évi I. törvény (a továbbiakban: Kp.) 12. § (1) bekezdés és a 13. § (3) bekezdés a) pont aa) alpont szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes. A jogi képviselőt a Kp. 27. § (1) bekezdés b) 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.

44.

Budapest, 2021. június 29.

Dr. Fáry Zoltán sk
a tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk
közbeszerzési biztos

Dr. Jánosi Bálint sk
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Liszi Barbara
titkársági ügyintéző

Kapják:

1. Kezdeményező képviselői, kizárólag elektronikus úton
2. Ajánlatkérő képviselője, kizárólag elektronikus úton
3. Kérelmezett képviselője, kizárólag elektronikus úton
4. Miniszterelnökség, kizárólag elektronikus úton
5. Közbeszerzési Hatóság Titkársága, kizárólag elektronikus úton