



KÖZBESZERZÉSI HATÓSÁG
KÖZBESZERZÉSI DÖNTŐBIZOTTSÁG

1026 Budapest, Riadó u. 5.

1525 Pf.: 166.

Tel.: 06-1/882-8594, fax: 06-1/882-8593

Elektronikus kapcsolattartás: kozbeszerzes.hu

Az ügy iktatószáma:

D.427/15/2018.

A tanács tagjai: Dr. Hunya István közbeszerzési biztos, az eljáró tanács elnöke, Söpkéz Gusztávné közbeszerzési biztos, Dr. Horváth Éva közbeszerzési biztos

A hivatalbóli kezdeményező: Közbeszerzési Hatóság Elnöke

A hivatalbóli kezdeményező képviselője: Dr. Bakos Balázs felelős akkreditált közbeszerzési szaktanácsadó

A beszerző neve: Budapest Főváros VI. kerület Terézváros Önkormányzata

A beszerző képviselője: Dr. Huszár Andrea kamarai jogtanácsos

A kérelmezett neve: Junior Vendéglátó Zrt.

A kérelmezett képviselője: Dr. Mészáros Győző Ügyvédi Iroda; Dr. Mészáros Győző ügyvéd

A közbeszerzés tárgya, beszerzés értéke: Szállítási szerződés készétel szállítási szolgáltatás beszerzésére, 162.913.037.-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 a hivatalbóli kezdeményezés első, második harmadik és negyedik eleme tekintetében megállapítja, hogy a beszerző és a kérelmezett megsértették a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 141. § (8) bekezdésében foglaltakat.

A Döntőbizottság a hivatalbóli kezdeményezés ötödik, hatodik és hetedik eleme tekintetében megállapítja, hogy a beszerző megsértette a Kbt. 141. § (7) bekezdésében foglaltakat.

A Döntőbizottság a beszerzővel szemben 5.000.000.- Ft azaz ötmillió forint és a kérelmezettel szemben 4.000.000.-Ft, azaz négymillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy a beszerző és a kérelmezett között 2017. augusztus 29. napján, 2018. március 23. napján, 2018. június 5. napján, valamint 2018 augusztusában aláírt szerződésmódosítások semmisek.

A Döntőbizottság megállapítja, hogy ezen módosítások esetében az eredeti állapot nem helyreállítható.

A Döntőbizottság a beszerzővel szemben az érvénytelenség jogkövetkezményeként további 3.000.000.-Ft, azaz hárommillió forint bírságot szab ki.

A Döntőbizottság felhívja a kérelmezettet és a beszerzőt, 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.

INDOKOLÁS

A jogorvoslat alapjául szolgáló tényállás

1. Az ajánlatkérő a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény (továbbiakban: 2011. évi Kbt.) Második Része szerinti nyílt közbeszerzési eljárást indított a rendelkező részben meghatározott tárgyban. A felhívást 2014. április 29. napján adta fel mely 2014. május 3. napján 2014/S 086-150564 számon jelent meg az Európai Unió Hivatalos Lapjában.

2. Az ajánlati felhívás II.2.1) Teljes Mennyiség pontja az alábbiakat rögzítette:
„Szállítási szerződés készétel szállítási szolgáltatás beszerzésére, Budapest Főváros VI. kerület Terézváros Önkormányzat közigazgatási területén működő egyes intézmények (a Műszaki leírásban részletezett) számára, 2014-2015., 2015-2016. és a 2016-2017. tanévekben, az alábbiakban megadott, irányadó éves (1-1 tanévre vonatkozó) adagszámok figyelembevételével.

Az étkezési napok és adagok éves - tervezetten várható - száma (2014. szeptember 1. - 2015. augusztus 31. és a további 1-1 tanévre vonatkozóan, tanévenként):

Óvodai háromszori étkezés várhatóan 645 adag/nap, melyből várhatóan 7 adag orvosi javaslatra megrendeltkülönféle diétás, 3 adag semi-vegetáriánus; a várható szállítási napok száma az időszak során 220.

Általános iskolai háromszori étkezés várhatóan 908 adag/nap, egyszeri étkezés 420 adag/nap, melyből 5 adagorvosi javaslatra megrendelt különféle diétás, 8 adag semi-vegetáriánus; várható szállítási napok száma 181.

A tanítás nélküli munkanapok (ügyeleti napok) száma az iskolákban várhatóan 5 munkanap.

Gimnáziumi egyszeri étkezés 158 adag/nap, melyből várhatóan 2 adag semi-vegetáriánus, várható szállításnapok száma 181.

A nyári napközis táborban napi háromszori étkezés várhatóan 136 adag/nap, a várható szállítási napok száma 49.

A megadott teljes mennyiségektől - az adott tanéven, illetve a teljes futamidőn belül - az adott hetimegrendelések során -70%-os eltérés lehetséges. Az étkezési napok, illetve szünetek még azonosintézménytípuson belül is eltérhetnek, illetve a teljes mennyiségen belül diétás/semi-vegetáriánus étrendek száma eltérő lehet. A megadott szállítási napszám az adott intézménytípuson belüli, és a futamidő alatti legmagasabb szám.

Ajánlattevő a diétás ellátás keretében biztosított étkezést, címkézett, zárt, egyszer használatos, mikrohullámúsütőben melegíthető, egyadagos kiszereelésben köteles biztosítani.”

3. A felhívás II.2.3) pontja szerint a szerződés nem meghosszabbítható.

4. A beszerző, mint ajánlatkérő és a kérelmezett, mint nyertes ajánlattevőként szerződő 2014. július 18. napján írták alá a fenti közbeszerzési eljárást követően a közbeszerzési szerződést (továbbiakban: Szerződés).

5. A Szerződés IX. Hatálybalépés pontja szerint „jelen szerződést a felek határozott időtartamra, 2014. szeptember 1-jétől 2017. augusztus 31-ig kötik.” A Szerződés XI.11. pontja szerint „szerződő felek jelen szerződést kizárólag írásban, a (2011. évi) Kbt. 132. § előírásait betartva módosíthatják.”

6. A Szerződés III.2. Ártartási kötelezettség pontja szerint a „szállító a következő tanítási években jogosult egy-egy alkalommal, az egységárait módosítani, a 12. és 24. hónapot követő naptári hónapban, legfeljebb a KSH által a módosítási igény írásbeli bejelentését megelőző hónapra megállapított hivatalos fogyasztóiár-változás (infláció) mértékéig (ld. www.ksh.hu).”

7. A felek a Szerződést 2015. július 6. napján, 2016. június 13. napján, 2017. március 20. napján módosították az ellenszolgáltatás tekintetében.

8. A beszerző 2017. június 15. napján közbeszerzési nyílt eljárást indított élelmezési szolgáltatások beszerzése tárgyban, mely eljárásról az ajánlati felhívás 2017/S 115-232164 számon került közzétételre az Európai Unió Hivatalos Lapjában, melyet a Közbeszerzési Döntőbizottság 2017. augusztus 9. napján hozott D.359/16/2017. számú döntésével megsemmisített.

9. A felek a Szerződést 2017. augusztus 29. napján ismét módosították. A szerződésmódosítás szerint a felek a Szerződés hatályát 2017. december 31.-napjára meghosszabbították. A szerződésmódosítás II.3. pontja szerint a módosítás „a Kbt. 141. § (2) bekezdésben meghatározott követelményrendszernek megfelel, mivel a módosítás eredményeként az ellenérték növekedése nem éri el az uniós értékhatárt és az eredeti szerződés értékének 10 %-át, valamint a módosítás nem változtatja meg a szerződés általános jellegét és illeszkedik az eredeti szerződés jellegéhez. Tekintettel arra, hogy a módosítás eredményeként kizárólag a szerződés azon elemei módosulnak, melyek az eredeti érték változásával összefüggnek, és arra, hogy a szerződéskötésre uniós nyílt közbeszerzési eljárás eredményeként került sor, a módosítás a Kbt. 141. § (3) bekezdésében foglalt korlátozás mellett is jogszerűen végrehajtható.”

10. A beszerző 2017. december 4. napján közbeszerzési nyílt eljárást indított élelmezési szolgáltatások beszerzése tárgyban, mely eljárásról az ajánlati felhívás 2017/S 236-491059 számon került közzétételre az Európai Unió Hivatalos Lapjában, melyet a Közbeszerzési Döntőbizottság 2018. február 9. napján hozott D.660/19/2017. számú döntésével megsemmisített.

11. A felek 2018. március 23. napján „vállalkozási szerződés 4. számú módosítása” elnevezésű okiratban megállapodtak abban, hogy a 3. pontban hivatkozott Szerződést módosítják, a ellenszolgáltatás mértéke tekintetében. A III.3. pont szerint „a felek közösen megegyeznek, hogy a jelen szerződésmódosítás hatályát 2018. január 1. napjától rendelik alkalmazni azzal, hogy a szerződés hatálya meghosszabbodik a jogorvoslati eljárásban (D.660/2017.) a Közbeszerzési Döntőbizottság jogorvoslati kérelmet elutasító döntéséig, vagy ennek hiányában a lefolytatandó új közbeszerzési eljárásban a szerződés megkötéséig, vagy az esetleg lefolytatásra kerülő jogorvoslati eljárás jogerős befejezéséig, de legfeljebb a 2017/2018. tanév végéig.”

12. A felek 2018. június 5. napján „vállalkozási szerződés 5. számú módosítása” elnevezésű okiratban megállapodtak abban, hogy a 3. pontban hivatkozott Szerződést módosítják, az ellenszolgáltatás mértéke tekintetében az infláció mértékét meghaladóan. A IV.3. Egyéb rendelkezések 2. pont szerint a 9. pontban körülírt szerződés „de legfeljebb a 2017/2018. tanév végéig” rendelkezését akként értelmezik, hogy a „tanév végéig tartó időszakba a napközis (nyári) tábor időszak is beleszámít.”

13. A felek 2018. augusztusában „Szállítási szerződés módosítása” elnevezésű okiratban megállapodtak abban, hogy a 3. pontban hivatkozott Szerződést módosítják, annak időbeli hatálya vonatkozásában, mely szerint „a szerződés határozott időtartamra szól, azaz-a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény szerinti szabályok alkalmazásával történő új szerződés megkötését követően – a Megrendelő által írásban megjelölt időpontig”.

A hivatalbóli kezdeményezés

14. A hivatalbóli kezdeményező 2018. december 28-án nyújtotta be a T-03813/24/2018. iktatószámú kezdeményezését a Döntőbizottsághoz a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (továbbiakban: 2015. évi Kbt.) 153. § (1) bekezdés c) pontja alapján.

15. A hivatalbóli kezdeményező előadta, hogy 2018. augusztus 21. napján közérdekű bejelentés érkezett a hatósághoz, mely alapján ellenőrzési eljárást rendelt el 2018. október 1. napján. Az ellenőrzési eljárás keretében kérelmezett 2018. október 29. napján, majd a kifizetések vonatkozásában 2018. november 26. napján, míg beszerző 2018. október 30. napján és 2018. november 28. napján tett eleget adatszolgáltatási kötelezettségének.

16. A hivatalbóli kezdeményezés három elemet jelölt, ugyanakkor a Döntőbizottság a kezdeményezés tartalma alapján megállapította, hogy az összesen 7 elemet tartalmaz. A hivatalbóli kezdeményezés összesen négy szerződésmódosítás jogsértésének gyanújára vonatkozott. A 2017. augusztus 29. napján aláírt, a 2018. március 23. napján aláírt, a 2018. június 5. napján aláírt, és a 2018. augusztusában aláírt szerződés módosítások jogsértésére mely mindegyik külön kezdeményezési elemnek minősül.

17. A hivatalbóli kezdeményezés első eleme vonatkozásában előadta, hogy a felek által 2017. augusztus 29. napján aláírt szerződésmódosítás jogalapjaként megjelölt, a Kbt. 141. § (2) bekezdés b) pontjában foglalt esetkör nem áll fenn, így álláspontja szerint a felek nem jelöltek meg olyan módosítási esetkört mely jogszerűvé teszi a módosítást. Tudomásszerzés időpontjaként 2018. október 29. napját, míg a jogsértés időpontjaként 2017. augusztus 29. napját jelölte meg.

18. A hivatalbóli kezdeményezés második elemében a 2018. március 23. napján aláírt módosítás jogsértésére hivatkozott több okból is. Hivatkozása szerint a határozott időtartamra kötött közbeszerzési szerződések azt is jelentik, hogy a szerződés időbeli hatályának lejártakor a szerződés megszűnik, s a beszerzés csak újabb közbeszerzési eljárás lefolytatásával realizálható. Hivatkozott arra, hogy beszerző kizárólag újabb közbeszerzési eljárás lefolytatását követően szerezhette volna be a szolgáltatást, valamint hangsúlyozta, hogy a beszerzés értéke meghaladta az uniós értékhatárt. Előadta, hogy a szerződés hivatkozott módosítása a Kbt. 141. § (8) bekezdése alapján semmis. Tudomásszerzés időpontjaként 2018. október 29. napját, míg a jogsértés időpontjaként 2018. január 1. napját jelölte meg.

19. A hivatalbóli kezdeményezés harmadik elemében a 2018. június 5. napján aláírt szerződésmódosítás jogsértésére hivatkozott. Előadta, hogy a felek nem jelöltek meg módosítási jogalapot, ugyanakkor a módosításban hivatkoztak a tényállásban is rögzített eredménytelen közbeszerzési eljárásokra. Álláspontja szerint ugyanakkor ezen hivatkozások nem teszik jogszerűvé a módosítást, mert a folyamatos feladatellátás nem adja indokát önmagában a beszerzési igény módosítással történő kielégítésére. A Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglalt módosítási esetkör sem áll fenn, mert annak törvényi tényállási elemei nem állapíthatók meg. Tudomásszerzés időpontjaként 2018. október 29. napját, míg a jogsértés időpontjaként 2018. június 5. napját jelölte meg.

20. A hivatalbóli kezdeményezés negyedik elemében a 2018. augusztusában aláírt szerződésmódosítás jogsértésére hivatkozott. E körben a kezdeményezés harmadik elemében foglaltakat hivatkozta ezen módosítás esetében is.

21. A hivatalbóli kezdeményezés ötödik, hatodik és hetedik elemében a kezdeményező előadta, hogy megvizsgálta a közbeszerzési adatbázist s nem talált szerződésmódosításra vonatkozó hirdetményt a 2018. március 23. napján aláírt (ötödik elem), a 2018. június 5. napján aláírt (hatodik elem), a 2018. augusztusában aláírt (hetedik elem) szerződésmódosításokról. Fentiek alapján a beszerző a Kbt. 37. § (5) bekezdésében valamint a Kbt. 141. § (7) bekezdésében foglalt közzétételi kötelezettségének nem tett eleget. A tudomásszerzés időpontjaként 2018. október 29. napját, míg a jogsértés időpontjaként 2018. április 16. napját, 2018. június 27. napját és 2018. szeptember 24. napját a közzétételi kötelezettség határidejének eredménytelen elteltét követő napot jelölte meg.

22. 2019. január 15. napján kelt észrevételében az eljárásjogi kifogásra vonatkozóan előadta, hogy önmagából a közérdekű bejelentésből a jogszerű kezdeményezéshez szükséges tények nem jutottak a tudomására. A közérdekű bejelentés minden konkrétum nélkül hivatkozott a jogsértések fennálltára, ugyanakkor annak tartalmából a Kbt. által megkövetelt kezdeményezés tartalmi elemeit megjelölni nem lehetett. Ezért döntött az ellenőrzés lefolytatásáról. E körben hivatkozott továbbá bírósági esetjogi döntésekre is. A beszerző által hivatkozott Ptk. 6:296. §-ra vonatkozó érvelést vitatta, hisz hivatkozása szerint jelen közbeszerzési szerződés nem közvetítői szerződés, így a hivatkozott jogszabályi rendelkezés nem alkalmazható.

23. Az anyagi jogi kérdések tekintetében előadta, hogy azzal, hogy a felek a szerződés időbeli hatályát egy jövőben bekövetkező bontó feltételhez kötötték, nem tekinthető határozott idejűnek a szerződés. Ennek megfelelően a beszerzések becsült értékének meghatározása során a Kbt. határozatlan idejű szerződésekre vonatkozó (Kbt. 17. § (3) bekezdésének b) pontja) rendelkezéseit kell alkalmazni. Hivatkozott továbbá arra, hogy a határozott idejű szerződések lejártá semmi esetre sem minősíthető előre nem látható körülménynek. Vitatta azon kérelmezetti álláspontot, mely szerint a közbeszerzési szerződés időbeli hatályának utólagos meghosszabbítása ne minősülne lényeges körülménynek, így álláspontja szerint nem igazolt a Kbt. 141. § (6) bekezdésben foglalt módosítási esetkör sem.

24. A hivatalbóli kezdeményező csatolta a közérdekű bejelentést, mely szerint a „Közbeszerzési Értesítőben található információk alapján a fenti szerződés további módosítására, illetve eredményes új közbeszerzési eljárás lefolytatására nem került sor a fenti tárgyban, így feltételezhető, hogy az ajánlatkérő nem tett eleget a szerződés további módosításával kapcsolatos tájékoztatási kötelezettségének, továbbá a közétkeztetési szolgáltatás biztosítására közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésével került sor.”

A kérelmezett észrevétele

25. A kérelmezett 2019. január 7. napján érkezett észrevételében kérte az alaptalan kezdeményezés elutasítását, a jogsértés hiányának megállapítását. Előadta, hogy a beszerzés tárgya szerinti szolgáltatás uniós értékhatár alatt a Kbt. 111. § c) pontja alapján kivételi körbe tartozik. Előadta, hogy 2018. január 1. napjától a vizsgált időszak leteltéig 162.920.911.- Ft értékben történt teljesítés. Hivatkozott továbbá a szerződés tárgyára, valamint a szolgáltatás folyamatos ellátásának szükségességére. Előadta, hogy az eredménytelen közbeszerzési eljárások nem róhatók a kérelmezett terhére, s e körben felelősség nem terheli, hisz nem feladata a közbeszerzési eljárás lefolytatása.

26. Előadta továbbá, hogy amennyiben a Kbt. 141. § (8) bekezdése alapos lenne, a módosítások érvénytelenségét még így sem lehetne megállapítani, hisz a Kbt. 137. § (3) bekezdése jelen esetben alkalmazandó tekintettel a szerződés teljesítéséhez fűződő közérdekre.

27. Hivatkozott arra, hogy a magánjogi szabályok nem zárják ki a szerződések utólagos módosítását, továbbá a szerződés időbeli hatályának lejártát követően folyamatos volt a megrendelés és a teljesítés valamint az ellenszolgáltatás kifizetése.

28. A szerződés módosítások vonatkozásában hivatkozott továbbá a kezdeményező irat pontatlanságára, ugyanakkor a szerződés módosításokkal összefüggésben előadta, hogy a módosítások egyetlen esetben sem változtatták meg a szerződés általános jellegét, továbbá a módosítások megfelelnek a Kbt. 141. § (4) bekezdésének c) pontjában foglalt esetnek.

29. Az áremelkedéssel kapcsolatos kezdeményezői körben részletes adatokkal alátámasztva előadta, hogy az ajánlattételi szakban (2014.) nem volt ismert a hazai munkaerő piac drasztikus átalakítása. A munkaerő elvándorlás, valamint a növekvő bérváromány olyan többletköltséget generált, melyet a felek előre nem láthattak. A fogyasztói árindex, valamint a minimálbér változás az elmúlt évek során elszakadtak egymástól, mely folyamat többek között oda vezetett, hogy 2017-2018-ban a munkabér költségek 30-38%-al emelkedtek. Ugyanakkor nem csak a munkabér emelkedett, hanem a alapanyagok költsége is növekedett, mely egyrészt a beszállítókat is érintő és ezek költségeit áthárító fent körülírt munkabérváltozásokból, másrészt a normatív környezet megváltozásából fakadt, mely árdrágító hatása azonnali volt. Hangsúlyozta, hogy összességében megállapítható, hogy a Kbt. 141. § (2) bekezdése nem sérült, ugyanakkor a (4) és (6) bekezdésben foglaltakkal is összhangban áll.

30. A Kbt. 141. § (4) bekezdésének c) pontja vonatkozásában a fent előadottakat fenntartotta, álláspontja szerint a felek által előre nem látható körülménynek minősül a makrógazdaság fent leírt változása, melyre értelemszerűen ráhatása egy gazdálkodó szervezetnek nincs, fenntartotta továbbá felelősségkizáró álláspontját.

31. 2019. január 14. napján valamint január 15. napján érkezett észrevételeiben korábban kifejtett részletes anyagi jogi álláspontját fenntartotta, vitatta a hivatalbóli kezdeményező szerződés módosításra vonatkozó magánjogi álláspontjára vonatkozóan előadottakat, továbbá az ajánlatkérő által hivatkozott eljárásjogi kifogásokhoz csatlakozott.

A beszerző észrevétele

32. Az ajánlatkérő 2019. január 7. napján elsődlegesen eljárásjogi kifogást terjesztett elő, mely szerint a hivatalbóli kezdeményezésre nyitva álló szubjektív 60 napos határidő számítására okot adó tudomásszerzés a közérdekű bejelentés megküldésével beállt, hisz hivatkozása szerint az abban foglaltak megalapozták a jogsértés gyanúját. E körben nincs jelentősége annak, hogy a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési eljárást kezdeményezett, ugyanis a joggyakorlat szerint a jogsértés gyanújáról való tudomásszerzés már megalapozza a határidő számítást, s nincs szükség arra, hogy a kezdeményező – átvéve a Döntőbizottság feladatát – a gyanút megdönthetetlen bizonyítékokkal támassza alá. Erre tekintettel kérte a jogorvoslati eljárás megszüntetését.

33. Az ügy érdeme tekintetében kérte a jogsértés hiányának megállapítását. Részletes nyilatkozatot tett a közbeszerzés tárgya tekintetében, hangsúlyozta, hogy a gyámügyi igazgatásról szóló 1997. évi XXXI. törvény 14. §-a alapján a gyermekétkeztetés az önkormányzat kötelezően ellátandó feladatai közé tartozik, mely körében folyamatos feladatellátás terheli. Hivatkozott a Ptk. 6:296. §-ra, mely szerint a határozott idő leteltét követően is hatályban maradt a szerződés, így ebből az okból nem minősül jogsértőnek. Ezen túl hivatkozott továbbá arra, hogy amennyiben el is fogadjuk, hogy nem lehet utóbb módosítani egy szerződést, akkor új jogviszony jött létre a felek között. Ugyanakkor ezen új jogviszony közbeszerzési kötelezettségeit kell vizsgálni, mely alapján megállapítható, hogy annak értéke nem éri el a szolgáltatás tárgya szerinti releváns uniós értékhatárt. Ennek megfelelően a közbeszerzési eljárás jogellenes mellőzése fel sem merülhet, hisz nem volt közbeszerzési kötelezettség.

34. A módosításokról szóló hirdetmények feladásának elmulasztását elismerte, tájékoztatta a Döntőbizottságot, hogy intézkedett a tájékoztató hirdetmények feladásáról.

35. Hivatkozott továbbá arra, hogy 2017. augusztusától kezdve a szerződés módosítások szükségessége azonos ténybeli alapból származott, méghozzá abból, hogy a közbeszerzési eljárások eredménytelenek lettek. Álláspontja szerint a szerződésmódosítások a Kbt. 141. § (4) bekezdésének c) pontja alapján jogszerűek voltak. Az előre nem láthatóság törvényi feltétele tekintetében előadta, hogy a kiírt közbeszerzési eljárások tekintetében a jogorvoslati kérelmeket, illetve a Döntőbizottsági döntéseket nem látta előre, így nem kalkulálhatott előre azzal, hogy két eljárása is eredménytelen lesz. Hivatkozott továbbá arra, hogy a szerződés általános jellegét nem változtatta meg, továbbá az 50 %-os értékhatárkorlátot sem lépte túl. Hivatkozott továbbá arra is a Kbt. 141. § (6) bekezdésére utalással, hogy a módosítások nem tekinthetők lényegesnek, hisz nem határozott meg olyan feltételt, mely eredeti fennállása esetén további gazdasági szereplők részvételét feltételezte volna, továbbá nem bomlott meg tiltott módon a gazdasági egyensúly, illetve jelentős új elemre nem terjesztette ki a szerződéses kötelezettségeket.

36. Előadta továbbá, hogy amennyiben jogsértés megállapításra kerül, úgy kérte, hogy a szerződés vonatkozásában ne állapítsa meg a Döntőbizottság a semmisséget, hanem mellőzze azt.

37. 2019. január 15. napján valamint 2019. január 21. napján érkezett beadványában fenntartotta korábban kifejtett álláspontját.

A Döntőbizottság döntése és annak indokai

38. A Döntőbizottság a jogorvoslati eljárást 2019. január 2-án megindította.

39. A Döntőbizottság az alkalmazandó jogszabály vonatkozásában az alábbi megállapításokat tette.

A 2015. évi Kbt. 197. § (1) és (2) bekezdése szerint

(1) E törvény rendelkezéseit a hatálybalépése után megkezdett beszerzésekre, közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és az azokkal kapcsolatban kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra kell alkalmazni. A 139. §, a 141. §, a 142. §, a 153. § (1) bekezdés c) pontja és a 175. § rendelkezéseit alkalmazni kell e törvény hatálybalépését megelőzően megkezdett beszerzések vagy közbeszerzési eljárások eredményeként kötött szerződések új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül történő módosításának lehetőségére, valamint a módosítás és teljesítés ellenőrzésére, továbbá a XXI. fejezet rendelkezéseit az ezekkel összefüggő jogorvoslati eljárásokra.

(2) A közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény rendelkezéseit a 2015. november 1. napját megelőzően megkezdett beszerzésekre - az (1) bekezdés második mondatában foglalt kivétellel - közbeszerzési eljárások alapján megkötött szerződésekre, tervpályázati eljárásokra és az azokkal kapcsolatban kérelmezett, kezdeményezett vagy hivatalból indított jogorvoslati eljárásokra és előzetes vitarendezési eljárásokra alkalmazni kell.

A hivatalbóli kezdeményező a 2015. évi Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja alapján kezdeményezte a Döntőbizottság hivatalbóli eljárását, így a jogorvoslati eljárásra a 2015. évi Kbt. rendelkezéseit rendeli alkalmazni.

Az anyagi jogszabály tekintetében a 2015. évi Kbt. 197. § (1) bekezdése alapján a 2015. évi Kbt. alkalmazandó.

Eljárása során figyelembe vette a Döntőbizottság azt is, hogy a jogorvoslati eljárás 2018. január 1. napját követően indult és az általános közigazgatási rendtartásról szóló 2016. évi CL. törvény (továbbiakban: Ákr.) 143. § (átmeneti rendelkezések) (1) bekezdése szerint az Ákr. rendelkezéseit az Ákr. hatályba lépését (2018. január 1. napja) követően indult eljárásokban alkalmazni kell.

40. Elsődlegesen a felek eljárásjogi kifogásai nyomán a Döntőbizottságnak abban kellett állást foglalnia, hogy a jogorvoslati eljárás lefolytatásának érdemi feltételei fennállnak-e.

A jogorvoslati eljárás a Közbeszerzési Hatóság elnökének hivatalbóli kezdeményezése nyomán hivatalból indított eljárás volt.

41. Az eljárásjogi feltételek vizsgálata körében a releváns jogszabályok az alábbiak:

2015. évi Kbt. 152. § (1) A Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból indított eljárását a következő szervezetek vagy személyek kezdeményezhetik, ha a feladatkörük ellátása során e törvénybe ütköző magatartás vagy mulasztás jut tudomásukra:

a) a Közbeszerzési Hatóság elnöke;

(2) A Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását az (1) bekezdés szerinti személy vagy szervezet a jogsértés tudomásra jutásától számított hatvan napon belül, de

a) legkésőbb a jogsértés megtörténtétől számított három éven belül,

b) közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén az a) ponttól eltérően a szerződés megkötésének időpontjától vagy, ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől számított legfeljebb öt éven belül, vagy

c) támogatásból megvalósuló beszerzés esetén az a) és b) ponttól eltérően az adott támogatás folyósítására és felhasználására vonatkozó külön jogszabályban előírt iratmegőrzési kötelezettség időtartamán belül, de legalább a jogsértés megtörténtétől - közbeszerzési eljárás mellőzésével történt beszerzés esetén a szerződés megkötésének időpontjától, vagy ha ez nem állapítható meg, akkor a szerződés teljesítésének bármelyik fél által történt megkezdésétől - számított öt éven belül kezdeményezheti.

A Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja szerint a Közbeszerzési Hatóság elnöke kezdeményezi a Közbeszerzési Döntőbizottság hivatalból való eljárását ha a Közbeszerzési Hatóság a 187. § (2) bekezdés j) pontja szerinti hatósági ellenőrzésének eredménye alapján vagy ha a hatósági ellenőrzés megkezdése nélkül is valószínűsíthető, hogy a szerződés módosítására vagy teljesítésére e törvénybe ütköző módon került sor, különösen ha a 142. § (2) bekezdése szerinti jogsértés történt.

42. A Kbt. 152. § -a alapján a Döntőbizottságnak az eljárásjogi feltételek vizsgálata során azt kell megvizsgálnia, hogy kezdeményezésre jogosult személy terjesztette-e elő, feladatellátása körében jutott-e tudomására, s határidőben terjesztette-e elő a kezdeményezést. A Közbeszerzési Hatóság elnöke nyújtotta be a kezdeményezést, így az eljárásjogi feltételek alanyi oldala teljesült.

43. A „feladatköre ellátása körében” feltétel vizsgálata vonatkozásában a Döntőbizottság előzetesen leszögezi, hogy a Közbeszerzési Hatóság a tárgyi szerződés teljesítése körében hatósági ellenőrzést folytatott le. A Kbt. rendelkezéseinek megfelelően a Közbeszerzési Hatóság feladata, hogy a közérdeket figyelembe véve, hatékonyan közreműködjön a közbeszerzési politika alakításában, a jogszerű közbeszerzési magatartások kialakításában és elterjesztésében, elősegítve a közpénzek nyilvános és átlátható módon történő elköltését. Ezen feladatkör széleskörű feladatot ruház a Hatóságra, mely vonatkozásában a Kbt. 187. § (2) bekezdésének j) pontja külön hatáskörként nevesíti a szerződések módosításának ellenőrzését.

Az elnök képviseli a Hatóságot. Ebből kifolyólag a Hatóság feladatkörét érintő bármely bejelentés – függetlenül attól, hogy megfelel-e a közérdekű bejelentés törvényi kritériumának – a feladatköre ellátása közben kerül a tudomására.

Mint azt a Kúria Kfv.II.38.141/2014/4. számon hozott döntésében elvi élel szögezte le, a Hatóság elnökének diszkrecionális jogkörébe tartozik annak eldöntése, hogy hivatalból jogorvoslati eljárást kezdeményez-e vagy sem.

A 2015. évi Kbt. tovább bővítette a Hatóság elnökének döntési jogkörét, mert a beadványok vonatkozásában nem csak abban hozhat döntést, hogy jogorvoslati eljárást kezdeményez-e, hanem abban is, hogy a Hatóság Kbt. 187. § (2) bekezdésének j) pontjában meghatározott ellenőrzési eljárását kezdeményezi-e. A jelen jogorvoslati eljárást megelőzően a Hatóság elnöke nem a Döntőbizottság eljárását kezdeményezte elsődlegesen, hanem a hatóság ellenőrzését. A hatóság ellenőrzése közben jutott tudomására a feltételezett jogsértés, mely alapján a Kbt. 153. § (1) bekezdésének c) pontja alapján kezdeményezte a jogorvoslati eljárást.

44. A Kúria fent hivatkozott ítélete elvi élel szögezte le továbbá azt is, hogy a Döntőbizottság a kezdeményezés kapcsán nem vizsgálhatja, hogy a kezdeményező milyen forrásból szerzett tudomást a jogsértésről. A kezdeményező bármilyen információt felhasználhat a jogsértésről való tudomásszerzés érdekében. A Döntőbizottság fentiek alapján a kezdeményezés vonatkozásában csak azt vizsgálhatja, hogy a kezdeményezés határidőben került-e benyújtásra, s megfelel-e a törvényi követelményeknek. Nem tartozik a Döntőbizottság hatáskörébe annak vizsgálata, hogy a Hatóság ellenőrzését kezdeményező

elnök honnan szerzett tudomást a feltételezett jogsértésről, továbbá a bejelentést miként minősítette. Fentiek alapján a törvényi második feltétel is teljesül.

45. Az eljárásjogi feltételek közül a Döntőbizottságnak a felek hivatkozása mentén vizsgálnia kellett az elkésettségre vonatkozó kifogásokat. Jelen esetben az eljárásjogi határidőket a Kbt. 152. §-a határozza meg, mely szerint a szubjektív határidő 60 nap, mely számításánál releváns, és értékelendő tényállási elem a kezdeményező tudomásszerzése. Mint ahogy a Kúria Kfv.II.39.215/2010/4. számon hozott döntésében rögzíti, a jogsértésről való tudomásszerzés ténykérdés, így ellenkező bizonyításig azt az időpontot kell a tudomásra jutás időpontjának tekinteni, melyet a kezdeményező megjelölt. Ennek a Fővárosi Bíróság 25.Kpk.45588/2006/3. számon hozott eseti döntése nyomán kialakult következetes döntőbizottsági és bírósági gyakorlat szerint a Kbt. nem követeli meg a jogorvoslati kérelem megdönthetetlen bizonyítékokkal való alátámasztását. A Kúria Kfv.VI.35.802/2012/5. számon hozott döntésében elvi éllel állapította meg, hogy a tudomásszerzés nem az a nap, amikor a jogellenesség teljes bizonyosságban a kezdeményező tudomására jut, hanem az a nap, amikor az eljárás megindításához szükséges tényekről értesül.

A Döntőbizottság a tudomásszerzés idejére vonatkozóan az alábbiakat rögzíti. A fenti bíróság döntések nyomán kialakult következetes döntőbizottsági gyakorlat szerint a tudomásszerzés tekintetében azt kell vizsgálni, hogy a hivatalbóli kezdeményező mikor értesült az eljárás megindításához szükséges tényekről. Az eljárás megindításához tények szükséges mértékét a Kbt. határozza meg. E körben a Kbt. 149. §-a mérvadó – figyelemmel a Kbt. 152. § (4) bekezdésére – mely szerint a kezdeményezésben többek között meg kell jelölni a jogsértő eseményt, annak megtörténtének időpontját. A kezdeményezéshez szükséges tények ismerete alapozza meg a tehát tudomásszerzést. Kiemelendő, hogy a kezdeményezés tekintetében még csak feltételezett jogsértésről beszélhetünk, hisz épp a jogsértés megállapítása a jogorvoslati eljárás tárgya. A jogsértés feltételezéséhez, gyanújához azonban nem elegendő önmagában valamely megalapozatlan körülmény bizonyítás nélküli állítása, hisz a tudomásszerzést kizárólag megalapozott tényismeret alapozhat meg. A közérdekű bejelentésében - annak jogszabályi fogalma szerint - a bejelentő valamely körülményre hívja fel a figyelmet, s semmiképp sem tényeket állít. Ennél fogva ahhoz, hogy egy közérdekű bejelentésben foglalt körülmények megalapozzák a tudomásszerzést a körülmények kivizsgálása szükséges, amiből aztán a jogsértés gyanúját magalapozó tényekről értesülhet a kezdeményező. Önmagában tehát egy olyan közérdekű bejelentés, mely akár egy közbeszerzési szerződés nem szerződésszerű teljesítésének/módosítására hívja fel a figyelmet nem alapozza meg a hivatalbóli kezdeményező tudomásszerzését. Ha ez ugyanis így lenne, akkor minden közérdekű bejelentés tekintetében annak külön vizsgálata nélkül jogorvoslati eljárás kellene kezdeményezni, s minden további vizsgálat szükségtelen lenne. A Fővárosi Törvényszék 14.K.700.255/2018/31. szám alatti ítéletében rögzítette, hogy a közérdekű bejelentés szabályozása alapján nem zárható ki egyértelműen az az eset, hogy a közérdekű bejelentés tényközlést is tartalmazzon, akár úgy, hogy a bejelentő mellékleteként okirati és egyéb bizonyításra alkalmas bizonyítékot csatoljon. Ennek megfelelően a Döntőbizottság nem tekinthetett el a közérdekű bejelentés vizsgálatától, mely körében az alábbi megállapítások tehetők. A közérdekű bejelentés a 24. pont szerinti tartalommal került benyújtásra a Közbeszerzési Hatóság részére. A bejelentés megjelöli ugyan a hivatalbóli kezdeményező által állított jogsértést, azonban önmagában ez a tudomásszerzéshez elegendő tényismeretet nem alapoz meg. Az ajánlatkérő a szerződés módosítására vonatkozó hirdetményeket nem tett közzé, valamint a Hatóságnak a szerződés (további) teljesítésére vonatkozóan sem volt semmiféle tényismerete, a nyilvánosan elérhető adatbázisokból sem volt kinyerhető erre vonatkozó tényismeret. Ennek megfelelően bár a közérdekű bejelentés tartalmazott a hivatalbóli kezdeményezésben foglalt jogsértésre utalást, ugyanakkor önmagában minden tényadat nélküli állítás a Kbt.-ben meghatározott tudomásszerzés időpontját nem határozza

meg. A Közbeszerzési Hatóság ellenőrzési eljárása keretében a beszerző és a kérelmezett által megküldött szerződésmódosítások, fizetési adatok azok a tényadatok, melyek a hivatalbóli kezdeményezés szempontjából releváns tudomásszerzés időpontját megalapozták.

Fentiek alapján a Döntőbizottság a felek eljárásjogi kifogását elutasította, s megállapította, hogy a hivatalbóli kezdeményezésben állított jogsértések érdemi vizsgálatának akadálya nem volt.

46. Az ügy érdeme szempontjából releváns jogszabályok az alábbiak voltak:

Kbt. 141. § (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.

(3) A (2) bekezdést arra a szerződésmódosításra lehet alkalmazni, amely a szerződés értékének változásával jár, a szerződéses jogviszony több elemét érintő módosítás esetén a módosítás azon elemeire, amelyek az érték változásával összefüggenek. Nem alkalmazható a (2) bekezdés a szerződésmódosításra akkor, ha a szerződéskötést megelőző közbeszerzési eljárást az ajánlatkérő olyan szabályok szerint indította meg, amelyek nem lettek volna jogszerűen alkalmazhatóak, ha az ajánlatkérő az eljárás becsült értékét a szerződésmódosítást követő értékét figyelembe véve határozta volna meg.

(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.

(5) A (2) bekezdésben és a (4) bekezdés b) és c) pontjában az eredeti szerződés értékeként az aktuális, indexált szerződéses ellenszolgáltatást lehet figyelembe venni, ha a szerződés a (4) bekezdés a) pontjának megfelelően az ellenszolgáltatás indexálására vonatkozó rendelkezést tartalmaz. Építési és szolgáltatási koncesszió esetében, ha a szerződés nem tartalmaz indexálási rendelkezést, az aktualizált értéket a Központi Statisztikai Hivatal által közzétett éves átlagos inflációs érték figyelembevételével lehet kiszámolni.

(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.

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

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

A közbeszerzésről és a 2004/18/EK irányelv hatályon kívül helyezéséről szóló 2014. február 26-i 2014/24/EU európai parlament és tanácsi irányelvben (továbbiakban: Irányelv) (107) preambulumbekkezdése szerint az Európai Unió Bíróságának vonatkozó ítélkezési gyakorlatát figyelembe véve tisztázni kell azokat a feltételeket, amelyek esetén egy szerződés teljesítés közben történő módosítása új közbeszerzési eljárást tesz szükségessé. Új közbeszerzési eljárásra az eredeti szerződés lényeges megváltoztatásakor van szükség, különösen annak hatályát és a felek kölcsönös jogait, illetve kötelezettségeit illetően, ideértve a szellemi tulajdonhoz fűződő jogok megosztását is. Az ilyen változtatások a felek arra irányuló szándékát tanúsítják, hogy újratárgyalják az adott szerződés lényeges feltételeit. Ez a helyzet különösen akkor, ha a módosított feltételek befolyásolták volna az eljárás eredményét, ha szerepeltek volna az eredeti eljárásban.

Az olyan szerződésmódosításokat, amelyek a szerződés értékét csak kismértékben, egy adott értéket meg nem haladóan változtatják meg, minden esetben új közbeszerzési eljárás lebonyolítása nélkül lehetővé kell tenni. Ebből a célból és a jogbiztonság garantálása érdekében ebben az irányelvben meg kell állapítani bizonyos minimális értékhatárokat, amelyek alatt nincs szükség új eljárás lebonyolítására. A szerződés ezen értékhatárokat meghaladó módosítása abban az esetben lehetséges új közbeszerzési eljárás lebonyolítása nélkül, ha megfelel az ezen irányelvben foglalt vonatkozó feltételeknek.

(109) Előfordulhat, hogy az ajánlatkérő szervek olyan külső körülményekkel szembesülnek, amelyeket a szerződés odaítélésekor nem láthattak előre, különösen amikor a szerződés teljesítése hosszabb időszakot ölel fel. Ilyen esetben szükség van bizonyos fokú rugalmasságra, hogy a szerződést - új közbeszerzési eljárás nélkül - ezekhez a

körülményekhez igazítsák. Az „előreláthatatlan körülmények” kifejezés olyan körülményekre utal, amelyeket az ajánlatkérő szerv - figyelembe véve a rendelkezésére álló eszközöket, az adott projekt természetét és jellemzőit, a szóban forgó terület jó gyakorlatát, valamint az eredeti odaítélés előkészítése során elköltött források és a várható érték közötti megfelelő viszony biztosításának az igényét - az eredeti odaítélés ésszerűen gondos előkészítése ellenére sem láthatott előre. Ugyanakkor ez nem érvényes azokban az esetekben, amikor a módosítás a beszerzés általános jellegének megváltozását eredményezi, például azáltal, hogy a megvalósítandó, illetve beszerzendő építési beruházásokat, árukat vagy szolgáltatásokat valami mással helyettesítik, vagy alapvetően megváltoztatják a beszerzés fajtáját, mivel ilyen helyzetben feltételezhető az eredményre gyakorolt hatás.

Az Irányelv 72. cikk (2) bekezdése szerint

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 küszöbértékek 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 ezt 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.

Az Irányelv 72. cikk (4) bekezdése szerint 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.

47. A közbeszerzési szerződés módosításával összefüggésben előljáróban a Döntőbizottság az alábbiakat rögzíti. A jelen eljárásban alkalmazandó fent hivatkozott szabályok a korábbi szabályozáshoz képest rugalmasabb módon engedik a közbeszerzési szerződés módosítását.

Az Irányelv és a Kbt. egyértelmű rendelkezést tartalmaz arra vonatkozóan, hogy jogszabályi feltételek hiányában újabb beszerzési igény kizárólag új közbeszerzési eljárás lefolytatásával elégíthető ki. Ennek megfelelően a szerződés módosítási korlátok alapvető és legfontosabb

célja, hogy ezáltal az ajánlatkérő újabb közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül ne tudja újabb beszerzési igényét kielégíteni. Másként megfogalmazva ugyanakkor ezt azt is jelenti, hogy a közbeszerzési szerződések jogszerű módosítása csak abban az esetben lehetséges, ha (1) valamelyik szerződésmódosítási feltétel fennáll, vagy (2) közbeszerzési eljárást folytattak le. Abban az esetben, ha bármelyik vagylagos feltétel teljesül, a felek szabadon módosíthatják a közbeszerzési szerződést. Ugyanakkor ebből az is következik, hogy amennyiben egyik feltétel sem teljesül, úgy abban az esetben jogsértő a módosítás, mely a módosítás semmisségét alapozza meg.

A Kbt. szerződés módosítás alapját képező eseteket rögzít, melyek alapvetően három csoportba sorolhatóak. A de minimis értékű módosítás, a Kbt. 142. § (4) bekezdésében meghatározott három esetkör és a (6) bekezdésben rögzített nem lényeges módosítások. Az egyes esetek egymáshoz való viszonyával kapcsolatban a Döntőbizottság az alábbiakat rögzíti.

Az Irányelv 72. cikkének (1) bekezdése rendelkezik arról, hogy a szerződés az irányelvvel összhangban új közbeszerzési eljárás nélkül módosíthatók az ott meghatározott bármely esetben. Az irányelv hivatkozott cikkének (5) bekezdése szerint új közbeszerzési eljárásra van szükség a közbeszerzési szerződés rendelkezéseinek - a szerződés időtartama alatt történő - az (1) és (2) bekezdésben foglaltaktól eltérő módosításai esetében. Az Irányelv idézett rendelkezéseinek együttes értelmezése szerint az Irányelvben meghatározott bármely esetben, ha azok közül bármelyik is fennáll, a felek szabadon módosíthatják a közbeszerzési szerződést új közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül. Ennek megfelelően a szerződésmódosítás jogszerűségéhez elegendő, ha az Irányelvben meghatározott bármely eset teljesül.

A Kbt.-ben meghatározott jogalapok fennállta ténykérdés, az nem függ attól, hogy az ajánlatkérő azt helyesen állapítja-e meg. E körben a Döntőbizottság hangsúlyozza, hogy a szerződés módosításának bármelyik esete is áll fenn, a szerződés módosítása nem tekinthető jogszerűtlennek. A fenti jogszabályi követelmény figyelembe vételével a hivatalbóli kezdeményezésében kifejezetten jelölt módosítási feltétel megsértésének megállapítására irányuló kezdeményezés nem értelmezhető akként, hogy kizárólag annak a jogalapnak a vizsgálatát kellene elvégezni. A Kbt. rendelkezései szerint a hivatalbóli kezdeményezés közbeszerzési jogsértés gyanújára vonatkozhat. A fent kifejtettek szerint egy jogalap megléte, illetve hiánya még nem alapozza meg a jogsértést. Ennek megfelelően a kezdeményezést - annak tartalma és a fent értelmezett jogszabályi környezet alapján – a Döntőbizottság akként bírálta el, hogy azt kellett megvizsgálnia, hogy a kezdeményezésben hivatkozott szerződésmódosítás jogszerű volt-e.

E körben rögzíti továbbá a Döntőbizottság, hogy a módosítási feltétel és a tényállás egybevetése az ajánlatkérő feladata. Ezen feladatát a Döntőbizottság, vagy akár a hivatalbóli kezdeményező nem veheti át. A jogorvoslati eljárás keretében ugyan a Döntőbizottságnak tényállás tisztázási kötelezettsége van, de ez semmiképp nem jelenti azt, hogy a felek hivatkozása hiányában az összes szerződéses feltételt hivatalból vizsgálnia kellene. Azon szerződés módosítási feltétel esetén ugyanis, melynek fennálltára a felek maguk sem hivatkoznak, annak fennálltát vizsgálni nem kell.

48. A hivatalbóli kezdeményezés első eleme szerint a felek jogsértő módon módosították 2017. augusztus 29. napján a közbeszerzési szerződést. A tényállásban rögzített módon a felek a szerződés időbeli hatályát módosították, mely keretében a Kbt. 141. § (2) bekezdés szerinti módosítási esetkört hivatkozták. A de minimis esetkör alkalmazhatóságának tárgyi és mértékbeli konjunktív feltételei vannak. A tárgyi feltételek közé tartozik, hogy kizárólag azon szerződés módosítások jogszerűségét alapozzák meg, melyek a szerződés értékének változásával jár, nem változtatja meg a szerződés általános jellegét és illeszkedik az eredeti szerződés jellegéhez.

A Kbt. idézett szakaszának vizsgálata körében alapvető feltétel, hogy csak olyan módosításra alkalmazható az eset, mely a szerződés értékének változásával jár. A felek a módosítás során a szerződés időbeli hatályát növelték meg 4 hónap időtartammal. A szolgáltatás megrendelés esetén ugyanakkor az időbeli hatály módosítása a szerződés értékének növekedésével is együtt járt, hisz további 4 hónapon keresztül rendelt meg beszerző szolgáltatást kérelmezettől. Ennek megfelelően a Kbt. 141. § (3) bekezdése alapján a módosítási esetkör alkalmazható volt, feltéve, hogy az összes törvényi követelménynek eleget tett volna a módosítás.

Bár a korábbi szabályozás alapján kialakult gyakorlat szolgáltatás megrendelés esetén az időbeli hatály eképpeni módosítását a tiltott szerződésmódosításként kezelte, hisz az ajánlatkérő újabb beszerzési igényét elégíti ki, melyre vonatkozóan közbeszerzési kötelezettsége van, ugyanakkor az idézett irányelvi szabályok, valamint a nemzeti szabály mellé fűzött miniszteri indokolás alapján a Döntőbizottság álláspontja szerint önmagában a szerződés értékének kismértékben történő eképpeni módosítása, tehát további meghatározott időre történő szolgáltatásmegrendelés, amennyiben a feltételek teljesülnek, jogszerű.

A tárgyi feltételek körében megállapítható, hogy az időbeli hatály módosítása nem változtatja meg a szerződés általános jellegét, továbbá a illeszkedik az eredeti szerződés jellegéhez a módosítás, így megállapítható, hogy a tárgyi feltételeknek eleget tesz a szerződés módosítás. A szerződés általános jellege körében az irányelv (110.) preambulumbekzdése ad eligazítást, mely esetkörök itt nem állnak fenn. A szerződés általános jellege változatlan, hisz a felek jogai és kötelezettségei, a szerződés tárgya, az ellenszolgáltatás (indexált) mértéke, stb. változatlan volt. A szerződés általános jellegét általánosságban a szerződés időbeli hatálya nem érinti. A Döntőbizottság álláspontja szerint ugyanakkor egy határozott időre kötött szerződés határozatlan időre történő módosítása már a szerződés általános jellegét megváltoztató módosításnak minősül ez ugyanakkor jelen helyzetben nem áll fenn. A de minimis esetkör alkalmazhatóságának mértékre vonatkozó előírásoknak való megfelelés vizsgálata körében alapvető kiindulási pont az eredeti szerződéses érték fogalma. A Kbt. 141. § (5) bekezdése határozza meg az eredeti szerződés értékét. A tényállásban rögzítetteknek megfelelően a szerződés tartalmazott indexálási rendelkezést, így az eredeti szerződéses értéken ezen indexált értéket kell figyelembe venni.

Jelen tényállásbeli helyzetben ugyanakkor nem vizsgálható önmagában a szerződésmódosítás, hisz a törvényi feltételeknek megfelelően valamennyi módosítás nettó összértékét kellett figyelembe venni.

Az eredeti szerződéses érték a 2014. július 18. napján kelt szerződés alapján 2017. augusztus 31. napjáig teljesített szolgáltatások alapján kifizetett teljes ellenszolgáltatás. Ezen összeg a beszerző 2018. november 21. napján kelt nyilatkozata szerint nettó 412.824.920.-Ft volt. A beszerző hivatkozott nyilatkozata szerint 2017. szeptembere és 2017. decembere között nettó 47.110.814.- Ft kifizetést teljesített a kérelmezett részére a vizsgált szerződéses jogviszony alapján. A fentiek alapján anélkül, hogy a többi szerződésmódosítás összértékét vizsgálnánk megállapítható, hogy a hivatkozott de minimis módosítási esetkör mértékre vonatkozó feltételét a felek nem teljesítették, így a szerződés módosítás jogszerűségét ezen esetkör nem alapozza meg, tekintettel arra, hogy az értéknövekedés a 10 %-os törvényi küszöböt meghaladja.

49. A 47. pontban rögzítettek szerint a felek hivatkoztak továbbá arra is, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdésének c) pontja szerinti esetkör is fennáll. A hivatkozott esetkör alkalmazhatóságát 3 konjuktív feltétel teljesülése alapozza meg. Egyrészt a módosítást olyan körülmények tették szükségessé, melyeket az ajánlatkérő kellő gondossággal sem láthatott előre, másrészt a módosítás nem változtathatja meg a szerződés általános jellegét, valamint az ellenérték növekedés nem haladhatja meg az eredeti szerződéses érték 50 %-át.

E körben a beszerző előre nem látható körülménynek értékelte azt a körülményt, hogy a közbeszerzési eljárása eredménytelen lett. Jelen tényállásbeli helyzetben a módosítást két

körülmény tette szükségessé. Egyrészt az ellátási kötelezettséggel terhelt beszerzési igény kielégítésére vonatkozó közbeszerzési szerződés határozott idejének lejárt, és az új közbeszerzési eljárás eredménytelensége, mely az ajánlatkérő jogsértéséből fakadt.

A határozott idejű közbeszerzési szerződés időbeli hatályának 2017. augusztus 31. napi lejáratát a felek számára a kötelelem létrejöttkor, sőt tulajdonképp az ajánlattételi határidő lejártakor, ismert volt, azt a felek láthatták előre.

A közbeszerzési eljárás eredménytelensége, a felhívás Döntőbizottság általi megsemmisítése körében az előre nem láthatóság szintén nem igazolt. A hivatkozott – egyébként 2 és fél hónappal a szerződés hatályának lejártá előtt indított – közbeszerzési eljárás a beszerző jogsértéséből fakadóan lett eredménytelen. A törvényi „kellő gondossági” követelmény alkalmazhatóságának minimális feltétele, hogy az ajánlatkérő a Kbt. előírásainak megfelelően járjon el. Az ajánlatkérő jogsértést követett el, mely önmagában nem teszi jogszerűvé a törvényi vizsgált feltétel alkalmazhatóságát.

Ezen túlmenően az előre nem láthatóság körében rögzíti továbbá a Döntőbizottság, hogy az eljárások során az ajánlatkérőknek számolniuk kell azzal, hogy a közbeszerzési eljárás keretében a gazdasági szereplők olyan eljárási cselekményeket tesznek, melyek az egyébként jogszerű közbeszerzési eljárás időkeretét a törvényi minimumhatáridőkhöz képest meghosszabbítják. Ennek megfelelően előre számolniuk kell azzal, hogy előzetes vitarendezési kérelmet, vagy jogorvoslati eljárást kezdeményeznek. Ezen körülményeket a beszerzésük időfaktora körében számításba kell venniük, s amennyiben valamely gazdasági szereplő, vagy akár hivatalbóli kezdeményező jogorvoslati eljárást kezdeményez annak időszükségletét számításba kell vennie az ajánlatkérőnek.

Fentiek alapján a ca) pontban foglalt törvényi feltétel jelen módosítás kapcsán nem állt fenn, így a szerződésmódosítás jogszerűségét ezen esetkör nem alapozza meg. Tekintettel arra, hogy a Kbt. 141. § (4) bekezdés c) pontjában foglalt feltételek konjunktívák, így a cb) valamint a cc) pontban foglalt feltételek vizsgálata szükségtelen, hisz amennyiben azok fenn is állnának a hivatkozott módosítási esetkört jogszerűen alkalmazni nem lehetne a fent kifejtettek szerint.

50. A beszerző hivatkozott továbbá arra, hogy a módosítás nem lényeges (Kbt. 141. § (6) bekezdése). A Kbt. 141. § (6) bekezdésében foglalt módosítási esetkör alkalmazhatóságának alapkérdése, hogy a szerződésmódosítás az eredeti szerződéses feltételektől lényeges eltérő feltételeket határoz meg. Az Irányelvi megfogalmazás szerint a szerződés jellege érdemben megváltozik. Az, hogy a módosítás mikor tekinthető lényegesnek az Európai Unió Bíróság C-454/06. sz. ügyben vizsgálta. Az ítélet 34. pontja szerint akkor kell egy módosítást lényegesnek tekinteni, ha a módosítás a feleknek a szerződés alapvető feltételeinek újratárgyalására vonatkozó szándékát igazolja. Az irányelv, illetve azt átültető Kbt. 3 esetkört tartalmaz, mely minden esetben lényeges módosításnak tekintendő, ugyanakkor mind az irányelv, mind a Kbt. megfogalmazása nem zárja ki, hogy a jogalkalmazó más feltételeket is lényeges módosításként értékeljen.

A Döntőbizottság álláspontja szerint a közbeszerzési szerződés időbeli hatálya szolgáltatás megrendelés esetén lényeges feltétel. Adódik ez mindabból, hogy egy szolgáltatás megrendelés esetén a szerződés időbeli hatálya tulajdonképpen mennyiségi feltételt is meghatároz abban az értelemben, hogy a hatály alatt kell a szolgáltatást ellátni, s így a fizetendő ellenszolgáltatás módosulásával is jár. Az Európai Unió Bírósága C-496/99. számú ítéletének 117. pontja szerint az ár a közbeszerzési szerződések lényeges feltétele. Jelen tényállásbeli helyzetben kiemelendő továbbá, hogy a közbeszerzési szerződés alapvető feltételeit meghatározó ajánlati felhívás II.2.3) pontja szerint az ajánlatkérő kizárta, hogy a szerződés meghosszabbítható lenne.

Fenti körülmények figyelembevételével a Döntőbizottság megállapította, hogy szolgáltatás megrendelésre vonatkozó közbeszerzési szerződés időbeli hatályának meghosszabbítása a

szerződés lényeges feltételének módosításának minősül, hisz ezáltal az eredeti 36 hónapra kötött szerződéses feltételtől lényegesen eltért.

Fentiek alapján a Döntőbizottság megállapította, hogy a szerződés módosítás jogszerűségét a hivatkozott módosítási esetkör sem alapozza meg, így a határozat 48. pontjában rögzítettek szerint nincs olyan esetkör, mely a módosítás jogszerűségét megalapozná.

A Kbt. 141. § (8) bekezdése szerint a Döntőbizottság vizsgálta azt is, hogy az ajánlatkérő a módosítással összefüggésben folytatott-e le közbeszerzési eljárást, mely tényszerűen megállapítható, hogy nem. Fentiek alapján megállapítható, hogy a felek megsértették a 2017. augusztus 29. napján kelt szerződés módosítással a Kbt. 141. § (8) bekezdését.

51. A felek hivatkoztak arra is, hogy a szerződés módosítással érintett szolgáltatásmegrendelés nem éri el a közbeszerzési értékhatárt. E körben a Döntőbizottság rögzíti, hogy a közbeszerzési szerződés módosításának jogszerűsége szempontjából nincs jelentősége a módosítással érintett beszerzési értéknek abból a szempontból, hogy közbeszerzési értékhatárt eléri-e önállóan vagy sem. Az ajánlatkérő nem új beszerzés lefolytatásáról döntött, hanem a szerződés módosításával kívánta beszerzési kötelezettségét kielégíteni. Ennek megfelelően a szerződés módosítás szabályai vonatkoznak a beszerzése közbeszerzési jogi kötelezettségére. A Kbt. illetve az Irányelv nem tartalmaz arra rendelkezést, hogy csak a közbeszerzési értékhatárt elérő módosítás esetén kellene vizsgálni a közbeszerzési jogi kötelezettséget. Ezen értelmezés ugyanis sok esetben kizárná a de minimis esetkör alkalmazhatóságát. Ugyanakkor ezen álláspont azzal is igazolható, hogy a közbeszerzés értékébe nyilvánvalóan beleszámítódik a módosítás értéke, így a részekre bontás tilalmából is levezethetően a módosítással érintett beszerzési érték nem önállóan határozza meg a közbeszerzési értéket, hanem a módosított szerződési értékhez hozzáadódik. Amennyiben tehát az alapszerződés megkötését közbeszerzési eljárás előzte meg, úgy a módosítás tekintetében szükségszerűen fennáll a közbeszerzési kötelezettség. A szerződésmódosítások körében a Döntőbizottság hangsúlyozza, hogy nem osztotta a kérelmezettek azon hivatkozását, mely szerint a módosítások alapján beszerzett szolgáltatások közbeszerzési jogi vizsgálatát, mint új beszerzést kellene vizsgálni. A Döntőbizottság álláspontja szerint ugyanis a felek egy közbeszerzési szerződés alapján megkötött szerződéses jogviszonyt módosítottak, mely szándékuk is egyértelműen erre irányult. Ennek megfelelően annak megítélése szempontjából, hogy a felek a közbeszerzési kötelezettségeiknek eleget tettek-e nincs jelentősége annak, hogy amennyiben új beszerzés keretében szerezte volna-e be az ajánlatkérő a szolgáltatást, akkor felmerült volna-e – az értékhatárra tekintettel – közbeszerzési kötelezettség.

52. A hivatalbóli kezdeményezés második eleme szerint a felek jogsértő módon módosították 2018. március 23. napján a közbeszerzési szerződést. A tényállásban rögzített módon a felek a szerződés időbeli hatályát módosították, valamint a szerződéses ár indexálását rögzítették. Jelen kérdés megítélésekor lényeges hangsúlyozni, hogy a közbeszerzési eljárás szabályai értelmezésekor a Döntőbizottság a funkcionális megközelítést alkalmazza. A szerződés módosítások körében ez lényegében azt jelenti, hogy amennyiben egy adott szerződés tartalmát a felek a teljesítés során módosítják, úgy attól függetlenül, hogy a formakényszert (írásbeliség) betartották-e a felek, vagy szerződés módosításként kezelték e a szerződést, amennyiben az alapszerződés tartalmi módosításáról rendelkeznek, úgy annak jogszerűségének megítélése vonatkozásában a Kbt. szerződés módosítására vonatkozó szabályai szerint vizsgálja a Döntőbizottság.

Tényállás szerint nem vitatott tény, hogy a beszerző és a kérelmezett között 2018. január 1. napja és 2018. március 23. napja között (és azt követően) folyamatos volt a szolgáltatás megrendelés, ellenszolgáltatás kifizetés. A felek az alapszerződés szerint, mint kötelmi jogalap szerint jártak el annak módosított időbeli hatályát követően is. Az, hogy a szerződés

megszűnését követően a felek az alapszerződés szerint jártak el semmiképp nem tekinthető új beszerzési jogviszonynak, a felek között közbeszerzési jogi szempontból újabb szerződéses jogviszony nem jött létre, hanem a funkcionális értelmezés szerint a meglévő szerződést módosították. A Közbeszerzési Döntőbizottság hatásköréből kifolyólag abban a kérdésben nem foglalhat állást, hogy polgári jogi szempontból érvényes-e egy megszűnt szerződés utólagos módosítása, ugyanakkor a felek a szerződéses jogviszonyukat a szolgáltatás további teljesítésével és annak ellenszolgáltatásával módosították. Ezen funkcionális értelmezést egyebekben a felek maguk is osztották, melynek okirati bizonyítéka éppen a vizsgált 2018. március 23. napján keltezett szerződésmódosítás.

Ennek megfelelően a Döntőbizottság a határozat 47. pontjában kifejtett értelmezésének megfelelően vizsgálta, hogy jogszerűen módosították-e a felek a szerződést.

Tényállási elem, hogy a módosításban a felek külön módosítási esetre nem hivatkoztak, ugyanakkor az ajánlatkérő jogorvoslati eljárás keretében előterjesztett észrevételében az első kezdeményezési elemmel összefüggésben vizsgált szerződés módosítás kapcsán hivatkozott esetkörök fennállóságát állította.

A módosítási esetkörök tekintetében azonos hivatkozást terjesztettek elő az első kérelmi elem tekintetében részletesen kifejtettek vonatkozásában, így azok jelen kezdeményezési elem tekintetében is irányadók, s nem alapozzák meg a jogszerű módosítást, s mivel közbeszerzési eljárás a módosítást nem előzte meg így a felek a Kbt. 141. § (8) bekezdését megsértették a módosítás kapcsán.

A de minimis esetkör vonatkozásában a Kbt. 141. § (2) bekezdésére hivatkozással hangsúlyozza a Döntőbizottság, hogy a módosítások nettó összértékét kell figyelembe venni, ebből következően, pedig ha az első módosítás nettó értéke túllépi a mértékre vonatkozó alkalmazhatósági feltételt, úgy az azt követő módosítások értéke is szükségszerűen meghaladja az alkalmazhatósági 10 %-os küszöböt.

53. A harmadik és negyedik kezdeményezési elem tekintetében a jogsértés szintén megállapítható az első és a második kezdeményezési elemnél részletesen kifejtettek miatt, mely a módosítások azonos módon hivatkozott jogalapjából és lényegében tényállásazonosságából fakad.

54. A kezdeményezés ötödik, hatodik és hetedik eleme vonatkozásában a beszerző által sem vitatott ténykérdés, hogy a módosításokról a hirdetményt jóval a törvényi határidőt követően adta fel, s a jogsértés megállapítása szempontjából nincs jelentősége annak, hogy utólag, a Közbeszerzési Hatóság ellenőrzésének elrendelését követően intézkedett azok feladásáról. Fentiek alapján a beszerző megsértette a Kbt. 141. § (7) bekezdésében meghatározott kötelezettségét akkor, mikor a Kbt. 37. § (5) bekezdésében meghatározott 15 napos határidőn belül nem tett eleget közzétételi kötelezettségének.

55. 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 szerződések semmissége tekintetében a Döntőbizottság az alábbi megállapításokat tette.

Tekintettel arra, hogy a szerződés módosítások érvénytelenségi oka fennáll, így a Kbt. 137. § (1) bekezdése alapján a szerződés módosítások semmiek. A Kbt. 165. § (2) bekezdése alapján a Döntőbizottság a rendelkező részben foglaltak szerint megállapította a szerződésmódosítások semmisségét. A semmisség megállapítás mellett a Döntőbizottság megállapította, hogy az érvénytelenség másodlagos jogkövetkezményei körében az eredeti állapot nem állapítható helyre. Szolgáltatás megrendelés a szerződések tárgya, mely tekintetében az eredeti állapot visszaállításának nincs helye, hisz a szerződéses közzététési feladatokat a kérelmezett már teljesítette.

A felek hivatkozására tekintettel a Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. 137. § (3) bekezdésben foglaltak alkalmazását nem találta indokoltnak, tekintettel arra, hogy önmagában azon tény, hogy közfeladat folyamatos ellátására vonatkozó törvényi kötelezően ellátandó feladatai kielégítésére vonatkozik a beszerzés, az nem alapozza meg a kiemelkedően fontos közérdek törvényi kritériumát.

56. A Döntőbizottságnak a megállapított jogsértésre tekintettel további jogkövetkezményként bírságot kellett kiszabnia a Kbt. 165. § (6) bekezdésének a) valamint e) pontja alapján.

A Döntőbizottság a bírság összegének megállapítása során a Kbt. 165. § (7) bekezdésében foglaltakkal összefüggésben rögzíti, hogy az eredeti szerződéses érték nettó 412.824.920.-Ft Ft volt. Ehhez képest a jogsértő szerződésmódosítások alapján 2018. novemberéig 162.913.037.-Ft kifizetés történt. A Döntőbizottság a mérték vonatkozásában a Kbt. 165. § (11) bekezdésében foglaltak szerint az eset összes körülményét értékelte, különösen a jogsértés súlyát, mely szerint 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. Értékelte továbbá, hogy a beszerzővel szemben az elmúlt két évben több alkalommal került jogsértés megállapításra, valamint azt, hogy a jogsértés nem reparálható.

A Döntőbizottság az eset összes körülményét figyelembe véve a rendelkező részben meghatározott bírságot szabta ki.

A Kbt. 141. § szerinti jogsértés olyan közbeszerzési jogsértés, melyet a közbeszerzési szerződést kötő felek együttesen tudják megvalósítani, így a hivatalbóli kezdeményezés első négy eleme vonatkozásában a beszerzővel és a kérelmezettel szemben is jogsértés került megállapításra. E körben a felelősségük és a közrehatásuk mértékét a Döntőbizottság azonosnak értékelte.

A szerződés módosításokról feladott hirdetmény alapvető garanciális elemei a közbeszerzések nyilvánosságának érvényesülésében. A beszerző javára e körben a Döntőbizottság nevesítetten nem értékelte, hogy utólag a közbeszerzési ellenőrzés megindítását követően a hirdetmények feladásáról intézkedett.

A felek közötti eltérő mértéket az indokolta, hogy a beszerzővel szemben többletjogsértés is megállapításra került, valamint az ismételtség eleme is fennáll beszerző esetében.

57. 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.

58. E semmiség alapján alkalmazandó jogkövetkezmény tekintetében a Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. 165. § (6) bekezdése alapján kiszabandó közigazgatás bírság a Kbt. hivatkozott rendelkezései alapján elkülönül a Kbt. 165. § (7b) bekezdése szerinti bírságtól. A Kbt. 165. § (7b) pontja szerinti bírság mértékénél a Döntőbizottság figyelembe vette a szerződéses értéket. Kiemelten értékelte, hogy a szerződés módosítással lefedett időszak több mint egy év, mely idő alatt a beszerzőnek lehetősége lett volna a jogsértést megszüntetni. E körben értékelte ugyanakkor azt is, hogy közbeszerzési eljárásokat folytatott a beszerző, ugyanakkor azt is értékelte, hogy azok eredménytelenségéhez saját jogsértő magatartása vezetett. A Döntőbizottság a polgári jogi jogkövetkezmény keretében is értékelte, hogy a szerződések jogellenes módosítása nem csak közbeszerzési jogi szempontból minősül súlyos jogsértésnek. A közpénzek felhasználásának átláthatósága szenved csorbát, a közpénzek felhasználásának gazdaságossága ellenőrzése hiúsult meg a jogsértés által.

Fentiek alapján az eset összes körülményét figyelembe véve a rendelkező részben meghatározott mértékű bírságot szabta ki.

59. A Döntőbizottság a 2015. évi Kbt. 145. § (2) bekezdése szerinti hatáskörében eljárva a fentiek szerint a hivatalbóli kezdeményezés vonatkozásában a 2015. évi Kbt. 165. § (2) bekezdés d) pontja alapján megállapította a jogsértést, a g) valamint a h) pontok alapján rendelkezett a módosítások semmisségéről és megállapította, hogy az eredeti állapot nem állítható helyre, valamint a 2015. évi Kbt. 165. § (3) bekezdésének d) pontja alapján, valamint a (7b) pontja alapján figyelemmel a 2015. évi Kbt. 165. § (6) bekezdésének e) pontjára, bírságot szabott ki.

60. A Döntőbizottság a költségek viseléséről az Ákr. 165. §-ában foglaltakra figyelemmel rendelkezett.

61. A határozat rendelkezése(i) közigazgatási perben történő elbírálását a 2015. évi 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. § (2) bekezdés a) pontja és a 13. § (11) bekezdése szerint a Fővárosi Törvényszék kizárólagosan illetékes.

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

Budapest, 2019. február 18.

Dr. Hunya István sk.
a tanács elnöke

Söpkéz Gusztávné sk.
közbeszerzési biztos

Dr. Horváth Éva sk.
közbeszerzési biztos

A kiadmány hitelül:

Tóth Zoltánné
titkárságvezető

Kapják:

1. Beszerző képviselője
2. Kérelmezett képviselője
3. Hivatalbóli kezdeményező képviselője