

A Közbeszerzési Hatóság útmutatója az üzletrészes átruházás útján megvalósított beszerzések Kbt. hatálya alá tartozásának megítéléséről

(KÉ. 2012. évi 58. szám; 2012. május 23.)

A Közbeszerzési Hatóság az üzletrészes átruházás útján megvalósított beszerzéseknek *a közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény* (a továbbiakban: Kbt.) hatálya alá tartozásának, illetőleg az ajánlatkérők beszerzési igénye üzletrészes átruházás útján történő kielégítésének megítélésével összefüggésben – a hozzá érkezett nagyszámú megkeresésre tekintettel – az egységes közbeszerzési gyakorlat kialakítása végett az alábbi útmutatót bocsátja ki.

A Kbt. 5 §-a értelmében az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek visszerthes szerződés megkötése céljából kötelesek közbeszerzési eljárást lefolytatni megadott tárgyú és értékű beszerzések megvalósítása érdekében (közbeszerzés) – ide nem értve a Kbt.-ben meghatározott kivételeket (Kbt. 9. §, 120. §).

Előzőek alapján az ajánlatkérőknek a Kbt. hatálya alá tartozó beszerzési igényeik kielégítésére – a Kbt.-ben meghatározott kivételektől eltekintve – az általános szabályok szerint közbeszerzési eljárást kell lefolytatniuk, más szóval nem mellőzhetik a megfelelő eljárási rendbe tartozó közbeszerzési eljárás lefolytatását.

Tekintettel arra, hogy a Kbt. hatálya alá tartozó beszerzések megvalósítására irányuló konstrukciók igen összetettek és sokfélék lehetnek, a Közbeszerzési Hatóság a következőkre hívja fel az ajánlatkérők figyelmét.

A bonyolult konstrukciók megítélése során elsősorban azt kell mérlegelni, hogy az ügylet az ajánlatkérő valamely azonosítható beszerzési igényének kielégítésére irányul-e. A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint ezért az üzletrészes átruházásával kapcsolatos ügyletek Kbt. hatálya alá tartozásának megítélése kérdésében is mindenekelőtt az ajánlatkérő beszerzési igényét, az üzletrészes átruházásáról szóló szerződés megkötésének indokait és körülményeit, valamint az adott szerződéses konstrukciót kell megvizsgálni.

A Közbeszerzési Hatóság meglátása szerint, amennyiben a befektetési cél helyett az ajánlatkérő Kbt. hatálya alá tartozó visszerthes beszerzési igénye – az ajánlatkérő által ellátandó feladatok, illetve elérni kíván célok alapján – megállapítható, nincsen jelentősége annak, hogy az ajánlatkérő beszerzési igényét a beruházást megvalósító/finanszírozó projektársaság üzletrészesének átruházásával, megvásárlásával valósítja meg. Az ajánlatkérő beszerzési igényére utalhat, ha az üzletrészesek átruházásáról hamarabb megkezdődnek a tárgyalások az ajánlatkérővel, mint a beruházás előkészítése az átruházás tárgyát képező gazdasági társaságban.

A Közbeszerzési Hatóság felhívja az ajánlatkérők figyelmét arra, hogy ez esetben nem az üzletrész beszerzési tárgynak minősülése a lényegi kérdés, hanem az ajánlatkérőnek az üzletrész átruházásán túlmutató konkrét beszerzési igénye. Ilyen szempontból pedig a választott megoldás inkább az ellenszolgáltatás teljesítési módjának fogható fel, amelyről az ajánlatkérőnek már az eljárást megindító felhívásban tájékoztatást kell adnia. Erre tekintettel a Közbeszerzési Hatóság azt javasolja, hogy amennyiben az ajánlatkérő jellemzően építési beruházás megvalósítására irányuló beszerzési igényének az építési beruházást megvalósító gazdasági társaság üzletrészének átruházásával, megvásárlásával kíván eleget tenni, az ajánlatkérő a projekt megvalósításának kezdetén, azaz a befektető kiválasztásakor vizsgálja meg a Kbt. alkalmazásának feltételeit. Így az ügylet megvalósítására akár nyílt eljárás is lefolytatható. A feltételekkel folytatható eljárások – tárgyalásos eljárás, versenypárbeszéd – alkalmazásához minden esetben vizsgálni kell a Kbt.-ben foglalt kritériumok fennállását. Ellenkező esetben, nevezetesen, ha a közbeszerzés feltételeinek vizsgálata az ajánlatkérő igényei szerint megvalósított építési beruházást kivitelező társaság üzletrészeinek átruházásakor, felvásárlásakor merül fel, a verseny szempontjai már nem érvényesíthetők megfelelően.

A Hatósághoz beérkezett megkeresések alapján gyakori problémát okoz, hogy nevesíthető-e olyan eset, amikor az ajánlatkérő vagyonnal való gazdálkodása, annak hasznosítása során jogszerűen mellőzheti a Kbt. rendelkezéseinek alkalmazását, avagy amennyiben a közbeszerzési törvény alkalmazásának feltételei fennállnak, a beszerzés minden esetben közbeszerzésnek minősül. A kérdéskört illetően a Közbeszerzési Hatóság felhívja az ajánlatkérők figyelmét arra, hogy a vagyonnal való gazdálkodásra, annak hasznosítására vonatkozó szabályok – lásd például a nemzeti vagyonról szóló 2011. évi CXCVI. törvény, Magyarország helyi önkormányzatairól szóló 2011. évi CLXXXIX. törvény, az állami vagyonról szóló 2007. évi CVI. törvény, az államháztartásról szóló 2011. évi CXCV. törvény, az államháztartásról szóló törvény végrehajtásáról szóló (XII. 31.) 368/2011. Korm. rendelet – alkalmazása sem mentesít a közbeszerzési kötelezettség feltételrendszerének vizsgálata alól. Előzőekkel összefüggésben a Közbeszerzési Hatóság a Közbeszerzési Döntőbizottság D.190/10/2008. számú határozatát ajánlja az érdeklődők figyelmébe, amelyben a jogorvoslati szerv arra az álláspontra helyezkedett, hogy a szerződési szándék vizsgálatánál mindig a pályázató valós célkitűzéseit kell vizsgálni, nem pusztán a pályázati felhívásban deklarált célt. „Vagyonhasznosítási jogcím megjelölése esetén sem mentesül az ajánlatkérő a közbeszerzési eljárás lefolytatásának kötelezettsége alól, ha a szerződéssel elérni kívánt valós beszerzési szándéka olyan építési *beruházás megvalósítására irányul, amely – értékére is tekintettel – tárgya a közbeszerzésnek.*”

Fentiekben kifejtett értelmezést támasztja alá a Közbeszerzési Döntőbizottság D.1000/15/2011. számú határozata is, amelyben a Döntőbizottság rögzíti, hogy a Kbt. kogenciájából következően tilos a tartalma szerint Kbt. hatálya alá tartozó jogügyletek eltérő minősítése alapján a törvény alkalmazásának megkerülése. „*Amennyiben megállapítható, hogy az adott jogügylet keretein belül a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozó beszerzés valósul meg,*

abban az esetben a jogügylet minősítésétől, vagy egyéb kapcsolódó elemektől függetlenül az ajánlatkérő köteles a beszerzés értéke és tárgya alapján meghatározott eljárásrendben közbeszerzési eljárást lefolytatni.”

Előzőekkel kapcsolatban a Közbeszerzési Hatóság felhívja az ajánlatkérők figyelmét az építési beruházásoknak a Kbt. 7. §-a (3) bekezdésének c) pontja szerinti definíciójára, mely szerint építési beruházásnak minősül az olyan visszterhes szerződés is, amelynek tárgya az ajánlatkérő által meghatározott követelményeknek megfelelő építmény bármilyen eszközzel, illetőleg módon történő kivitelezése. A beszerzés minősítését nem befolyásolja, hogy az ellenértéket milyen pénzügyi konstrukcióban kívánja a beszerző kifizetni, ugyanis a fizetési módot a Kbt. nem minősíti lényeges körülménynek a beszerzés tárgyának minősítése szempontjából. Amennyiben egy közpénzből finanszírozott visszterhes szerződés végső célja olyan építési beruházás megrendelése, amelynek becsült értéke meghaladja a nemzeti értékhatárt, az ajánlatkérő nem hivatkozhat jogszerűen arra, hogy nem az építési beruházás eredményeként megvalósuló építményt, csupán az azt tulajdonló gazdasági társaság üzletrészeit kívánta megvásárolni. Ez ugyanis ugyanúgy tárgya a közbeszerzésnek.

A fentiekben kifejtettekkel összefüggésben a Közbeszerzési Hatóság utal az Európai Unió Bírósága által az Európai Közösségek Bizottsága kontra Németországi Szövetségi Köztársaság közötti, C-536/07. számú ügyben hozott ítéletre, melyben a Bíróság hangsúlyozta, hogy egy ajánlatkérő szervezet beszerzésének közbeszerzési szempontú vizsgálata során elsődlegesen a közösségi jogi szabályozásra kell tekintettel lenni. Ez azt is jelenti, hogy egy közbeszerzési szerződésnek a szerződő felek általi minősítése, illetve a beszerzés ilyen értelemben vett formális megközelítése nem írhatja felül a beszerzés közösségi (közbeszerzési) jogi minősítését. Másrészt a Bíróság kiemelte, hogy egy közbeszerzési szerződés minősítése szempontjából a meghatározó körülmény annak fő tárgya, nem pedig a nyertes ajánlattevőként szerződő fél díjazásának összege, vagy a fizetési módok. Vagyis amennyiben megállapítható, hogy egy adott szerződési konstrukció célja például egy olyan beszerzési igény kielégítése, amely megfeleltethető az „építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés” közösségi jogi fogalmának, az adott beszerzés valódi minősítése „építési beruházás” és nem a felek által az adott szerződésnek adott meghatározás lesz.¹

Előzőekre tekintettel, ha az ajánlatkérő a Kbt. tárgyi hatálya alá – jellemzően építési beruházás, vagy nagyobb értékű árubeszerzések körébe – tartozó beszerzési igényét oly módon kívánja kielégíteni, hogy a közbeszerzési eljárás lefolytatásának és a Kbt. alkalmazásának mellőzése mellett az adott dolgot, épületet stb. tulajdonló gazdasági társaságot szerzi meg az üzletrész(ek) átruházásával, megalapozottan merül fel a Kbt. 5. §-ának megsértése, illetve a közbeszerzési eljárás lefolytatásának jogtalan mellőzése.

¹ Lásd az Európai Unió Bírósága az Európai Közösségek Bizottsága kontra Németországi Szövetségi Köztársaság [C-536/07.] ügyben hozott ítéletének 43-64. pontja

A Közbeszerzési Hatóság hangsúlyozza, hogy az ajánlatkérő beszerzési igénye, illetőleg a beszerzési igény kielégítésére kialakított szerződéses konstrukció alapvető jelentőséggel bír a közbeszerzési eljárás lefolytatására vonatkozó kötelezettség megállapítása szempontjából. Ennél fogva annak megítélése, hogy adott esetben az ajánlatkérő számára kötelező-e a közbeszerzési eljárás lefolytatása csak a konkrét ügylet valamennyi releváns sajátosságának, illetve körülményének az ismeretében lehetséges. Nagy jelentősége van például a beruházás megvalósításával és működtetésével kapcsolatos kockázatok megosztásának. Ha a kockázatok az üzletrész átruházást tartalmazó szerződéses konstrukcióban kizárólag az ajánlatkérőt terhelik, akkor az üzletrész átruházás színlelt jellege is felmerülhet, amelyben a felek kizárólag a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzésének leplezése céljából állapodtak meg.

A Közbeszerzési Hatóság a fentiekre tekintettel nyomatékosan felhívja az ajánlatkérők figyelmét arra, hogy az üzletrész átruházására irányuló ügyleteik megvalósítását megelőzően körültekintően vizsgálják meg beszerzési igényük mibenlétét, és erre tekintettel mérlegeljék a közbeszerzési eljárás szükségességét. Abban az esetben ugyanis, ha az ajánlatkérő konkrét, az üzletrész átruházása mögött meghúzódó építési beruházás, illetőleg árubeszerzés megvalósítására, esetlegesen szolgáltatás megrendelésére irányuló Kbt. hatálya alá tartozó beszerzési igénye megállapítható, az ajánlatkérőnek e beszerzését közbeszerzési eljárás útján kell megvalósítania.

A Közbeszerzési Hatóság álláspontja szerint, ha az ajánlatkérő a fentiekben részletezett körülmények ellenére az üzletrész átruházás útján történő beszerzés megvalósítása során nem folytat le közbeszerzési eljárást, az a Kbt. kógens előírásainak megkerülését jelenti, emellett a Kbt. alapelveinek, valamint a Kbt. preambulumban meghatározott jogalkotói célok – konkrétan a közpénzek ésszerű felhasználása átláthatóságának és széles körű nyilvános ellenőrizhetőségének megteremtése – jelentős korlátozásával, sérelmével is jár.