

2018/111

A KÖZBESZERZÉSEK TANÁCSÁNAK ÚTMUTATÓJA

2018. június 12.

A Közbeszerzések Tanácsának útmutatója

az üzletrész átruházás útján megvalósított beszerzések Kbt. hatálya alá tartozásának megítéléséről

(KÉ 2018. évi 111. szám, 2018. június 12.)

A Közbeszerzések Tanácsa a közbeszerzésekről szóló 2015. évi CXLI. törvény (a továbbiakban: Kbt.) 183. §-ának c) pontja alapján az üzletrész átruházás útján megvalósított beszerzések Kbt. hatálya alá tartozásának, illetve az ajánlatkérők beszerzési igényének üzletrész átruházás útján történő kielégítésének megítélésével kapcsolatban – az egységes közbeszerzési gyakorlat kialakítása céljából – az alábbi útmutatót bocsátja ki.

Összefoglalás

A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény (a továbbiakban: Ptk.) jogi személyekre vonatkozó Harmadik Könyvének alkalmazása során felmerülő jogügyletek önmagukban, automatikusan nem tartoznak a Kbt. hatálya alá. Vonatkozik ez a gazdasági társaságok esetében tagsági jogokat megtestesítő értékpapírokra, illetve üzletrészre (például korlátolt felelősségű társaság üzletrészesének adásvétele), társasági részesedésre, illetve bármilyen jogi személy vagyoniával kapcsolatos jogügyletre is (vagyoni hozzájárulás teljesítése, jegyzett tőke felemelése stb.).

Azonban az ajánlatkérő beszerzési igényének fennállása a Ptk. Harmadik Könyve szerinti jogügylet vonatkozásában is vizsgálendő, és amennyiben az ilyen jogügylet valójában a Kbt. szerinti közbeszerzési tárgyak valamelyikének (beszerzési igény) kielégítése céljából történik, akkor a kielégíteni célzott beszerzési igény alapján kell vizsgálni az ajánlatkérő közbeszerzési kötelezettségét.

Ha pl. a saját jogán ajánlatkérőnek nem minősülő gazdasági társaság jegyzett tőkéjének emelése azt a célt (is) szolgálja, hogy a társaság valamely azonosítható beszerzési igényét finanszírozza, akkor a tőkeemelés beszerzési igény kielégítésére vonatkozó része a Kbt. fogalom-meghatározása szerinti támogatásnak, a gazdasági társaság pedig a Kbt. 5. § (2) vagy (3) bekezdés szerint támogatott szervezetnek minősül.

Tekintettel arra, hogy a Kbt. hatálya alá tartozó beszerzések megvalósítására irányuló konstrukciók igen összetettek és sokfélék lehetnek és gyakran problémát okoz annak megítélése, hogy az adott beszerzés a Kbt. hatálya alá tartozik-e, a Közbeszerzések

Tanácsa az üzletrész átruházás útján megvalósított beszerzések tekintetében a következőkre hívja fel az ajánlatkérők figyelmét.

A gyakorlatban – a Közbeszerzési Hatósághoz érkezett megkeresések alapján – problémát jelent annak megállapítása, hogy egy üzletrész megszerzése a Kbt. tárgyi hatálya alá tartozó beszerzési igény kielégítésére irányul-e. Fontos megjegyezni, hogy a Ptk. jogi személyekre vonatkozó Harmadik Könyvének alkalmazása során felmerülő jogügyletek önmagukban, automatikusan nem tartoznak a Kbt. hatálya alá. A Közbeszerzések Tanácsának álláspontja szerint az üzletrész átruházásával kapcsolatos ügyletek Kbt. hatálya alá tartozásának megítélése kérdésében mindenekelőtt az ajánlatkérő valós beszerzési igényét, az üzletrész átruházásáról szóló szerződés megkötésének célját, indokait és körülményeit, valamint az adott szerződéses konstrukciót kell részletesen megvizsgálni.

A bonyolult szerződéses konstrukciók, társasági jogi ügyletek és speciális tárgyú adásvételi szerződések (mint például az üzletrész adásvétele) esetén elsőként tehát mindig a valós beszerzési igény vizsgálendő. Fontos megjegyezni, hogy önmagában a jegyzett tőke felemelése, mint társasági jogi aktus a beszerzési igényt vélhetően nem meríti ki, mivel a Ptk. vonatkozó rendelkezései alapján a jegyzett tőke felemeléséről szóló határozatban nem kell rendelkezni a jegyzett tőke felemelésének céljáról, az alapvetően a gazdasági társaság tevékenységéhez, működéséhez használható fel. Ily módon nem feltétlenül konkrét beszerzési igényhez rendelt – adott esetben – pénzeszközről, anyagi előnyről van szó. Amennyiben azonban a társaságnak tőkeemeléshez, üzletrészszerzéshez kapcsolódóan van egy azonosítható beszerzési igénye, vagy a tulajdonosi jog gyakorlója, mint ajánlatkérő valósít meg egy beszerzést a jegyzett tőke megemlése, üzletrész megszerzése révén egy gazdasági társaságon keresztül, úgy a közbeszerzési kötelezettség vizsgálendő a beszerzési igénnyel bíró ajánlatkérő tekintetében.

Ehhez kapcsolódóan vizsgálendő lehet egyrészt az az eset, amikor az érintett gazdasági társaság nem minősül a Kbt. 5. §-a szerint ajánlatkérőnek, de egy Kbt. szerinti ajánlatkérő a jegyzett tőke felemelésével egy, a gazdasági társaság azonosítható beszerzési igényéhez nyújt támogatást. Ebben az esetben – a támogatásra tekintettel – vizsgálni kell a gazdasági társaság ajánlatkérői minőségét a Kbt. 5. § (2) – (3) bekezdései alapján.

Másrészt vizsgálendő az az eset is, amikor a gazdasági társaság tulajdonosa egy Kbt. 5. § (1) bekezdése szerinti ajánlatkérő és e tulajdonos ajánlatkérőnél jelentkezik a beszerzési igény, amit a gazdasági társaságon keresztül valósít meg úgy, hogy a gazdasági társaság jegyzett tőkét felemeli és a felemelt jegyzett tőkét a beszerzési igény kielégítésére fordítja. Ebben az esetben az ügylet a tulajdonos ajánlatkérő valamely azonosítható beszerzési igényének kielégítésére irányul, azaz, egyéb feltételek fennállása esetén közbeszerzés köteles.

Amennyiben az üzletrész átruházása nem pusztán befektetési céllal történik [vagyis egy adott szervezetnek nem pusztán az a célja, hogy a vagyonát társasági részesedés szerzése útján, nyereség elérése céljából befektesse (pl. osztalékbevitel, árfolyamváltozás-nyereség érdekében)], hanem egy mögöttes beszerzési igény is

jelentkezik az ajánlatkérőnél, az alábbiakra figyelemmel kell vizsgálni a közbeszerzési kötelezettséget.

A Kbt. 4. § (1) bekezdése értelmében a meghatározott értékhatárokat elérő értékű közbeszerzési szerződés, illetve építési vagy szolgáltatási koncesszió megkötése érdekében a Kbt. 5-7. §-ban ajánlatkérőként meghatározott szervezetek közbeszerzési vagy koncessziós beszerzési eljárást kötelesek lefolytatni. Az ajánlatkérőknek tehát 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. A Kbt. 4. § (1) bekezdése szerinti közbeszerzési kötelezettség alapján a meghatározott értékű beszerzési tárgy, az ajánlatkérői minőség és a visszerhesség mellett a közbeszerzési kötelezettség fennállásának lényeges feltétele a beszerzési igény megléte is. A bonyolult konstrukciók megítélése során tehát elsősorban azt kell mérlegelni, hogy az ügylet az ajánlatkérő valamely azonosítható beszerzési igényének kielégítésére irányul-e, azaz, hogy a konkrét ügylet beszerzési típusú ügyletnek minősül-e.

Amennyiben az üzletrész megszerzése során a befektetési cél helyett, vagy a befektetési cél mellett az ajánlatkérő Kbt. hatálya alá tartozó visszerhes beszerzési igénye – az ajánlatkérő által ellátandó feladatok, illetve elérni kíván célok alapján – is megállapítható, nincsen jelentősége annak, hogy az ajánlatkérő beszerzési igényét a beruházást megvalósító/finanszírozó projektársaság üzletrészének átruházásával, megvásárlásával valósítja meg. Az ajánlatkérő beszerzési igényére utalhat, ha az üzletrészek átruházásáról hamarabb megkezdődnek a tárgyalások az ajánlatkérővel, mint a beruházás előkészítése az átruházás tárgyát képező gazdasági társaságban.

Egy üzletrész megszerzése során tehát nem az üzletrész beszerzési tárgynak minősülése a lényegi kérdés, hanem az ajánlatkérőnek az üzletrész átruházásán túlmutató konkrét beszerzési igénye, célja. 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 Közbeszerzések Tanácsa 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.

Előzőekkel kapcsolatban a Közbeszerzések Tanácsa felhívja az ajánlatkérők figyelmét az építési beruházásoknak a Kbt. 8. § (3) bekezdésének c) pontja szerinti definíciójára,

mely szerint építési beruházásnak minősül az olyan visszerthes 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 visszerthes 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.

Hangsúlyozandó, 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.

Előzőekkel összefüggésben a Közbeszerzések Tanácsa 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. A határozat szerint a *„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. kógcenciájából következően tilos a tartalma szerint Kbt. hatálya alá tartozó jogügyletek eltérő minősítése alapján a törvény alkalmazásának megkerülése. A határozat kimondja, hogy *„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.”*

A fentiekben kifejtettekkel összefüggésben utalni szükséges az Európai Unió Bírósága által az Európai Közösségek Bizottsága kontra Németországi Szövetségi Köztársaság közötti, C-536/07. számú ügyben hozott ítéletre, amelyben 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 módozatok. 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.

Ezt az álláspontot erősíti az Európai Unió Bírósága által az Impresa Pizzarotti & C. SpA ügyben előzetes döntéshozatal iránti kérelem tárgyában C-213/13. számon meghozott ítélet is. A Bíróság ebben az ítéletében is kiemelte, hogy egy szerződés minősítése szempontjából a meghatározó körülmény minden esetben annak fő tárgya. A Bíróság ítélete szerint az ajánlatkérő akkor sem mentesülhet az építési beruházásra vonatkozó szabályok alkalmazása alól, ha a szerződés tárgya egy jövőben létrejövő ingatlan bérlete, mivel ebben az esetben a szerződés fő tárgya az ajánlatkérő által meghatározott igényeknek megfelelő építmény, mint bérlemény kivitelezése lesz, amely tekintetében tehát az ajánlatkérőnek módjában állt meghatározni és ellenőrizni a tervezett építmény funkciójával, kialakításával kapcsolatos igényeit, döntő módon befolyásolva ezáltal a kivitelezendő építmény koncepcióját. A Bíróság ítéletéből következően nem változtat ezen a minősítésen az a körülmény sem, hogy a bérlet futamidejére fizetendő bérleti díj jóval alacsonyabb az építmény becsült költségénél.

A Közbeszerzési 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 Közbeszerzések Tanácsa felhívja az ajánlatkérők figyelmét arra, hogy a vagyonnal való gazdálkodásra, annak hasznosítására vonatkozó ágazati jogszabályok – 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 (a továbbiakban: Áht.), az államháztartásról szóló törvény végrehajtásáról szóló 368/2011. (XII. 31.) Korm. rendelet – alkalmazása sem mentesíti az ajánlatkérőket a közbeszerzési kötelezettség feltételrendszerének vizsgálata alól. A Kbt. a 9-14. §-ban és a 111. §-ban tételesen felsorolja azon kivételeket, amelyek esetében az ajánlatkérők jogszerűen mellőzhetik a közbeszerzési eljárás lefolytatását. A hivatkozott szakaszokban nem szereplő esetekben jogszerűen nem lehet eltekinteni a közbeszerzési kötelezettségtől. A fent hivatkozott ágazati jogszabályok is – mint például az Áht. – a közpénzekkel való felelős gazdálkodás érdekében a feltételek fennállása esetén megkövetelik a közbeszerzési eljárás lefolytatását.

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 közbeszerzési eljárás lefolytatásának jogtalan mellőzése, amely egyúttal a jogügylet Kbt. 137. § (1) bekezdés a) pontja szerinti semmisségét is eredményezheti.

A Közbeszerzések Tanácsa a fentiekre tekintettel nyomatékosan felhívja az ajánlatkérők figyelmét arra, hogy az üzletrész átruházására irányuló ügyletek 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 Közbeszerzések Tanácsának 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.