

A Közbeszerzések Tanácsa útmutatója

az üzletrész átruházás útján megvalósított beszerzések Kbt. hatálya alá tartozásának megítéléséről¹

(KÉ 2010. évi 152. szám; 2010. december 22.)

A Közbeszerzések Tanácsa az üzletrész átruházás útján megvalósított beszerzéseknek a *közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény* (a továbbiakban: Kbt.) hatálya alá tartozásának, illetőleg az ajánlatkérők beszerzési igénye üzletrész 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. 2. §-ának (1) bekezdése értelmében a törvény szerint kell eljárni a közbeszerzési eljárásokban, amelyeket az ajánlatkérőként meghatározott szervezetek visszterhes szerződés megkötése céljából kötelesek lefolytatni megadott tárgyú és értékű beszerzések megvalósítása érdekében (közbeszerzés) – ide nem értve a Kbt.-ben meghatározott kivételeket (Kbt. 29. §, 243. §).

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 Közbeszerzések Tanácsa 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 Közbeszerzések Tanácsának álláspontja szerint ezért az üzletrész átruházásával kapcsolatos ügyletek Kbt. hatálya alá tartozásának megítélése kérdésében is mindenképp az ajánlatkérő *beszerzési igényét*, az üzletrész átruházásáról szóló szerződés megkötésének indokait és körülményeit, valamint az adott szerződéses konstrukciót kell megvizsgálni.

¹ Jelen útmutató a Közbeszerzések Tanácsa 1/2008. (K.É. 40., 2008. április 4.) számú, azonos című ajánlásának átdolgozott változata. A korábbi ajánlás szövegéhez képest újonnan beépített részeket aláhúzással jelöltük.



A Közbeszerzések Tanácsának meglátása szerint, amennyiben a befektetési cél helyett az ajánlatkérő Kbt. hatálya alá tartozó visszterhes 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 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.

A Közbeszerzések Tanácsa 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 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. 25. §-a (1) 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 fentiekben kifejtettekkel összefüggésben a Közbeszerzések Tanácsa 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 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 lesz².

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. 2. §-a (1) bekezdésének megsértése, illetve **a közbeszerzési eljárás lefolytatásának jogtalan mellőzése**.

A Közbeszerzések Tanácsa 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 Közbeszerzések Tanácsa 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 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

² Lásd az Európai Unió Bírósága az Európai Közösségek Bizottsága kontra Németországi Szövetségi Köztársaság [C-536/07.] ügyben hozott ítéletének 43-64. pontjait.



felhasználása átláthatóságának és széles körű nyilvános ellenőrizhetőségének megteremtése – jelentős korlátozásával, sérelmével is jár.