

CHRISTINE STIX-HACKL

FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

Az ismertetés napja: 2005. április 12.¹**I — Bevezetés**

1. A jelen előzetes döntéshozatali eljárás az elsődleges jog jelentőségét érinti a közbeszerzési szerződések területén. Különösképpen azt a kérdést vizsgálja, hogy az ajánlatkérőnek az alapszabadságokból milyen kötelezettségei következnek. Ez az eljárás ugyanakkor lehetőséget ad a Bíróság ítélkezési gyakorlatának (különösen a Telaustria²-ítélet) közelebbi meghatározására.

jogszabályokat (a továbbiakban: irányelvek) kell megemlíteni, amelyeket időközben új irányelvekkel (ügynevezett törvényhozási csomaggal) egészítették ki:

- az ügynevezett klasszikus irányelvek közül a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelvet³ (a továbbiakban: szolgáltatásnyújtási irányelv), csakúgy mint

II — Jogi háttér**A — A közösségi jog**

2. A másodlagos közösségi jog, azon belül is a közbeszerzések területéről a következő

- a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/38/EGK tanácsi irányelvet⁴ (a továbbiakban: ágazati irányelv).

¹ — Eredeti nyelv: német.

² — A C-324/98. sz., Telaustria és Telefonadress ügyben 2000. december 7-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-10745. o.).

³ — HL L 209., 1. o., módosított.

⁴ — HL L 199., 84. o., módosított.

B — *A nemzeti jog*

3. A helyi önkormányzatokról szóló 1990. június 8-i 142. sz. törvény 22. cikkének (3) bekezdése⁵ előírta a községek és tartományok számára, hogy a hatáskörükbe eső helyi közfeladatokat a bekezdés a) -tól e) -ig terjedő pontjaiban meghatározott módokon teljesítsék:

- a) saját üzemeltetésű községi vállalati formában, ha a feladat csekély mértéke vagy különlegessége nem teszi szükségessé egy intézmény vagy vállalkozás alapítását;
- b) harmadik személyek számára való odaítéléssel („concessione”), amennyiben ennek technikai, gazdasági vagy szociális indokai vannak;
- c) különleges vállalkozások révén, többek között gazdasági és kereskedelmi érdekességű feladatok ellátására;
- d) intézményeken keresztül, mégpedig szociális, kereskedelmi érdekesség nélküli feladatok ellátására;

- e) nagyrészt közpénzekből álló tőkéjű, a közszolgáltatásra köteles intézmény által alapított, vagy olyan részvénytársaságok vagy korlátozott felelősségű társaságok által, amelyekben az intézménynek részesedése van.

III — A tényállás, az alapeljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés

4. A Consorzio Aziende Metano (a továbbiakban: Co.Na.Me.) a Comune di Cingia de' Botti-val (Cingia de' Botti község) az 1999. január 1-je és 2000. december 31-e közötti időszakra „A metángázhálózat karbantartásáról, vezérléséről és felügyeletéről szóló szerződést” kötött.

5. 1999. december 30-án kelt levelével a Comune di Cingia de' Botti közölte a Co.Na.Me.-vel, hogy a községi tanács 1999. december 21-i határozatával jóváhagyta a „Padania Acque SpA-val kötött megállapodást az üzem vezetéséről és a gázkészülékek karbantartásáról”. Ugyanezzel a határozattal jóváhagyták a Padania Acque SpA (a továbbiakban: Padania) és a Cingia de' Botti közötti szerződéstervezetet is.

6. A Padania nagyrészt állami vállalkozás, amely a korábbi Consorzio per l'acqua potabile (Ivóvíz konzorcium) Regione Cre-

⁵ — GURI 135. sz., 1990. június 12.

Ezt a törvényt a 2000. augusztus 18-i 267. sz. törvényerejű rendelet 113. cikkévé alakították. A rendelkezést később a 2001. december 28-i 448. sz. törvény (2002. évi pénzügyi törvény) 35. cikkének (1) bekezdésével módosították.

mona (Cremona tartomány) községeire történő átruházásakor jött létre. E tartomány szinte összes községe rendelkezik benne részesedéssel, köztük a Cingia de' Botti is, amely az alapítke 0,97%-ának tulajdonosa, valamint a Regione Cremona.

nek közvetlen ellenőrzésére, és ebből következően meg kell-e állapítani, hogy – mint a jelen esetben is, amelyben a részesedés mértéke 0,97%-os – az »in house« gazdálkodás feltételei nem állnak fenn?”

7. E vállalkozást annak jellegére tekintettel a kérdéses szolgáltatásokkal a 142. sz. törvény 22. cikke (3) bekezdésének e) pontja alapján közvetlenül bízták meg.

IV — Az elfogadhatóságról

8. A Co.Na.Me. a Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia — Sezione staccata di Bresciához fordult, és különösen a község határozatának megsemmisítését kérte. A T.A.R. a következő kérdést terjesztette előzetes döntéshozatalra a Bíróság elé:

9. Ez az előzetes döntéshozatala előterjesztett kérdés számos kérdést vet fel az elfogadhatóság tekintetében.

A — Az EK 81. cikkről

„Az EK 43., 49. és 81. cikkek, amelyek szerint tilosak a valamely tagállam állampolgárainak egy másik tagállam területén történő szabad letelepedésére vonatkozó, valamint a tagállamok állampolgárai tekintetében a Közösségen belüli szolgáltatásnyújtás szabadságára vonatkozó korlátozások, továbbá a vállalkozások olyan kereskedelmi gyakorlatai vagy magatartásai, amelyek alkalmasak a versenynek az Európai Unión belüli megakadályozására, korlátozására vagy torzítására, kizárják-e a gázellátási közszolgáltatásnak olyan vállalkozás részére történő közvetlen, azaz ajánlati felhívás nélküli odaítélését, amelyben a községeknek részesedésük van, ha a társaság tőkéjében való részesedés olyan, hogy nincs lehetőség a vállalkozás vezetésé-

10. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatóságát illetően az EK 81. cikk tekintetében merül fel kétség.

11. Amint a Bíróság állandó ítélkezési gyakorlatából következik, a nemzeti bíróságnak meg kell adnia azokat a pontos okokat, amelyek arra indították, hogy a közösségi jog értelmezését kérje, és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések előterjeszté-

sét szükségesnek véle⁶. Így a Bíróság szerint elengedhetetlen, hogy a nemzeti bíróság legalább a legkisebb elfogadható mértékben magyarázatot adjon az értelmezésre előterjesztett közösségi szabályok kiválasztása, valamint az e rendelkezések és a jogvitára alkalmazandó nemzeti jogszabályok között fennálló összefüggés tekintetében⁷.

12. Ezenfelül a Bíróság úgy határozott, hogy nem rendelkezik hatáskörrel az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés eldöntésére, ha nyilvánvaló, hogy a közösségi jog kívánt értelmezése semmilyen kapcsolatban nincs a valósággal vagy az alapjogvita tárgyával⁸.

13. A Bíróság ítélkezési gyakorlatának fent nevezett követelményei tekintetében az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatósága vonatkozásában meg kell állapítani, hogy az előzetes döntéshozatalra utaló végzésnek az EK 81. cikkre vonatkozó fejtegetései, eltekintve e cikk szövegének megismétlésétől, arra szorítkoznak, hogy a szabad verseny a közösségi jog általános alapelvét képezi, és az ebbe való beleavatkozás egészen különleges kivételt jelent, amely csak meghatározott feltételek fennállása esetén megengedett.

14. Ezáltal azonban az előzetes döntéshozatalra utaló végzés nem elégíti ki az ítélkezési gyakorlat fent kifejtett, a közösségi jog valamely rendelkezésének értelmezése iránti kérelem indokolására vonatkozó követelményeit.

15. Ezenfelül az állandó ítélkezési gyakorlat szerint az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések csak annyiban fogadhatóak el, amennyiben az előzetes döntéshozatalra utaló végzés elegendő adatot tartalmaz az alapeljárás tényállása tekintetében⁹.

16. E tekintetben a versenyjogban, amelyhez a versenykorlátozó megállapodások tilalma tekintetében az EK 81. cikk is tartozik, különösen szigorú szempontokat kell alkalmazni¹⁰.

17. Az EK 81. cikk tekintetében az előzetes döntéshozatalra utaló végzés a tényleges háttér vonatkozásában sem elégíti ki a követelményeket. Így az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből hiányoznak különösen a résztvevő vállalkozásokra vonatkozó, és az arra a tevékenységekre utaló adatok, amelyek a kérdést előterjesztő bíróság álláspontja szerint az EK 81. cikk hatálya alá tartoznak.

6 — A C-54/03. sz. Austroplant-Arzneimittel ügyben 2004. március 12-én hozott végzés (az EBHT-ban még nem tették közzé) 11. pontja, a C-101/96. sz. Italia Tesla ügyben 1996. június 25-én hozott végzés (EBHT 1996., I-3081. o.) 6. pontja, a C-128/97. és C-137/97. sz. Testa és Modesti egyesített ügyekben 1998. április 30-án hozott végzés (EBHT 1998., I-2181. o.) 15. pontja, valamint a C-9/98. sz. Agostini-ügyben 1998. július 8-án hozott végzés (EBHT 1998., I-4261. o.) 6. pontja.

7 — A 6. lábjegyzetben hivatkozott C-54/03. sz. ügyben hozott végzés 11. pontja, a C-167/94. sz. Grau Gomis és társai ügyben 1995. április 7-én hozott végzés (EBHT 1995., I-1023. o.) 9. pontja és a C-116/00. sz. Laguillaumie-ügyben 2000. június 28-án hozott végzés (EBHT 2000., I-4979. o.) 16. pontja.

8 — A 6. lábjegyzetben hivatkozott C-54/03. sz. ügyben hozott végzés 12. pontja, valamint a C-379/98. sz. PreussenElektra-ügyben 2001. március 13-án hozott ítélet (EBHT 2001., I-2099. o.) 39. pontja és a C-390/99. sz. Canal Satélite Digital ügyben 2002. január 22-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-607. o.) 19. pontja.

9 — A C-320/90–C-322/90. sz. Telemarscabruzzo és társai egyesített ügyekben 1993. január 26-án hozott ítélet (EBHT 1993., I-393. o.) 6. pontja, valamint a C-157/92. sz. Banchemo-ügyben 1993. március 19-én hozott végzés (EBHT 1993., I-1085. o.) 4. pontja és a 6. lábjegyzetben hivatkozott C-128/97. és C-137/97. sz. egyesített ügyekben hozott végzés 5. pontja, a 6. lábjegyzetben hivatkozott C-9/98. sz. ügyben hozott végzés 4. pontja és a 6. lábjegyzetben hivatkozott C-54/03. sz. ügyben hozott végzés 10. pontja.

10 — A C-176/96. sz. Lehtonen és Castors ügyben 2000. április 13-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-2681. o.) 22. pontja, valamint a 9. lábjegyzetben hivatkozott C-157/92. sz. ügyben hozott végzés 5. pontja, a 7. lábjegyzetben hivatkozott C-116/00. sz. ügyben hozott végzés 19. pontja, és a C-438/03., C-439/03., C-509/03. és C-2/04. sz. António Cannito egyesített ügyekben hozott végzés (EBHT 2004., I-1605. o.) 6. pontja.

18. Az EK 81. cikk tekintetében tehát az előzetes döntéshozatalra utaló végzés nem elégíti ki az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatóságának feltételeit.

B — Az alapszabadságokról

19. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatósága tekintetében a megnevezett alapszabadságok (EK 43. és 49. cikk) vonatkozásában is problémák adódnak.

20. Így a Bíróság ugyanebből a tagállamból származó, és ugyancsak a közbeszerzést érintő előzetes döntéshozatal iránti kérelmet azért nyilvánította elfogadhatatlannak, mert abban a község választásának jogosságát vitató vállalkozás székhelye Olaszországban volt, és az olasz piacon nem a letelepedés vagy szolgáltatásnyújtás szabadságára való hivatkozással tevékenykedett. A Bíróság arra a következtetésre jutott, hogy a tényállásnak így semmi köze azokhoz a tényállásokhoz, amelyeket a közösségi jog a személyek és szolgáltatások szabad mozgása területén szabályoz. Ha azonban valamely ügy egyetlen elemében sem mutat túl egy tagállam határain, és így nincs köze azokhoz a tényállásokhoz, amelyeket a közösségi jog a szemé-

lyek és szolgáltatások szabad mozgása területén szabályoz, az alapszabadságok nem alkalmazandók. Erre az eredményre jutott a Bíróság a RLSAN.¹¹ ügyben.

21. Mindazonáltal a Bíróság olyan előzetes döntéshozatal iránti kérelmeket is elfogadhatónak tekintett, és az elsődleges jog értelmezésére és alkalmazására irányuló tanácsokkal válaszolt meg, amelyek kizárólag belföldi vonatkozású tényállás tartalmaztak¹². A közbeszerzések közül e tekintetben különösen a Telaustria-ügyet¹³ kell megnevezni, amely olyan alapeljárást érintett, amelyben a felek egy és ugyanazon tagállamból származtak. Továbbá meg kell említeni a Buchhändler-Vereinigung ügyet¹⁴, amelyben a Telaustria-ügyben kifejlesztett alapelveket alkalmazta. Az utóbbi eljárásban is az összes fél ugyanabból a tagállamból származott. Ugyanez érvényes az ARGE-ügyre, amelyben a Bíróság mégis megválaszolt egy alapszabadság értelmezésére vonatkozó kérdést¹⁵.

22. Felmerül tehát a kérdés, hogy a Bíróság miért döntött érdemben ebben a három közbeszerzést érintő ügyben a RLSAN.-hoz

11 — A C-108/98. sz. RLSAN. ügyben 1999. szeptember 9-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-5219. o.) 21. és azt követő pontjai.

12 — Vö. a C-515/99., C-519/99–C-526/99. és C-526/99–C-540/99. sz., Reisch és társai egyesített ügyekben 2002. március 5-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-2157. o.) 24. és azt követő pontjaival, ami mindazonáltal nem a közbeszerzések jogát érintette.

13 — A 2. lábjegyzetben hivatkozott C-324/98. sz. ügyben hozott ítélet.

14 — A C-358/00. sz. Buchhändler-Vereinigung ügyben 2002. május 30-án hozott végzés (EBHT 2002., I-4685. o.).

15 — A C-94/99. sz. ARGE-ügyben 2000. december 7-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-11037. o.), különösen a harmadik előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés tekintetében.

használó tényállás ellenére. Egyik lehetséges ok, hogy a Telaustria és a Buchhändler-Vereinigung ügyekben maguk az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések kifejezetten irányelvek értelmezésére irányultak. Ezzel ellentétben a jelen ügyben előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés kifejezetten az elsődleges jogra, különösen két alapszabadságra irányul.

23. Ebből csak arra a következtetésre lehet jutni, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatósága azon múlik, hogy mire irányul, azaz hogy elsődleges vagy másodlagos jogot érint-e¹⁶.

24. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatósága mellett a jelen ügyben is két ok szól: először egy eljárásjogi, másodsor pedig egy anyagi jogi.

25. Eljárásjogi szempontból arra kell emlékeztetni, hogy az előzetes döntéshozatali eljárásban a Bíróság feladata arra irányul, hogy a kérdést előterjesztő bíróságnak hasznos választ adjon. Ezért bizonyos esetekben a Bíróság még az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdést is kénytelen átfogalmazni. A jelen eljárásban ez azonban nem

lehetséges, mert a kérdés kifejezetten az elsődleges jog, nem pedig az irányelvek értelmezésére vonatkozik és a nemzeti bíró ezt a Bíróság ilyen irányú kérdésére küldött válaszlevelében meg is erősítette.

26. A kérdés, hogy az alapeljárásban koncesszióról vagy pedig közösségi jogi értelemben vett megbízásról van-e szó, végül is nyitva maradhat. A Bíróság számára végeredményben elegendő az olyan előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés megléte, amely számára „kiindulópontot ad a további értelmezési tanácsokhoz, amelyek az alapjogvita megoldása szempontjából hasznosnak *bizonyulhatnak*.”¹⁷. Az, hogy ezeket az alapügy tényleges tényállására *valóban* felhasználják-e, nem lehet további feltétlenül szabni.

27. Anyagi jogi tekintetben pedig a R.I.SAN.-ügyben kifejtett tétel dogmatizálásától kell óva inteni. Ugyanis éppen a közbeszerzések jogában, amely a nemzeti piacok megnyitását célozza, nem lehet az a döntő szempont, hogy bizonyos közbeszerzési eljárásban és/vagy a rá következő nemzeti felülvizsgálati eljárásban mindegyik fél ugyanabból a tagállamból származik, mint az ajánlatkérő¹⁸. Ezt ugyanis annak jeleként is lehetne értelmezni, hogy a közbeszerzési eljárás megfelelő nyil-

16 — Lásd ellenben a C-448/98. sz. Guimont-ügyben 2000. december 5-én hozott ítéletet (EBHT 2000., I-10663. o.). Ebben az ügyben az előzetes döntéshozatalra benyújtott kérdés kifejezetten az elsődleges jog értelmezésére irányult.

17 — A 2. lábjegyzetben hivatkozott C-324/98. sz. ítélet 59. pontja, kiemelés tőlem.

18 — Lásd például a 15. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyben hozott ítélet tényállását.

vánossága hiányzott és ezért külföldi vállalkozások nem tudtak rajta részt venni. Ez nemcsak a közbeszerzési irányelvekre vonatkozik, hanem az érintett alapszabadságokra is. Ezért tehát nemcsak adott közbeszerzési eljárásban ténylegesen részt vevő vállalkozásokat kell védeni, hanem a lehetséges ajánlattevőket is. A más tagállamokból származó vállalkozások lehetséges érintettsége már elegendő a határokon átnyúló tényállás megállapításához, és ezáltal az alapszabadságok alkalmazásának egyik feltétele teljesül.

dés alapszabályai általánosságban, és különösképpen a nemzetiség tekintetében a hátrányos megkülönböztetés tilalma”.¹⁹

A — Előzetes megjegyzések az alkalmazandó jogszabályok tekintetében

28. Ezen indokok az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés elfogadhatósága mellett szólnak, amennyiben az EK 43. és 49. cikkben foglalt alapszabadságokat érinti.

31. Ha az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés kifejezetten az elsődleges jog bizonyos rendelkezéseinek értelmezésére vonatkozik, ez még önmagában nem vezet ahhoz, hogy ezeket a rendelkezéseket alkalmazni is kell.

V — A megalapozottságról

32. Ezen elsődleges jogi rendelkezések alkalmazhatósága inkább ahhoz igazodik, hogy az alapeljárás konkrét közbeszerzési eljárása e rendelkezések alkalmazásának mindenkori feltételeit teljesíti-e.

29. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés, amennyiben elfogadható, nagyrészt az EK 43. és 49. cikk terjedelmét érinti, mégpedig a közbeszerzési eljárásra vonatkozó, ezekből levezethető kötelezettségeket és tilalmakat.

33. Ezért nem döntő jelentőségű, hogy a nemzeti bíró a közbeszerzési eljárást „concessione”-ként jelölte meg, mert ez a megjelölés a nemzeti jogra is vonatkozhat, amelyik ismeri ezt a fogalmat. A nemzeti fogalomnak pedig nem kell feltétlenül a

30. Ily módon a kérdés azon alapelvek lényegi részére vonatkozik, amelyeket a Bíróság úgy jellemzett, hogy azok „a Szerző-

¹⁹ — A 2. lábjegyzetben hivatkozott C-324/98. sz. ügyben hozott ítélet 60. pontja; más szövegezéssel megerősítette a C-59/00. sz. Vestergaard-ügyben 2001. december 3-án hozott végzés (EBHT 2001., I-9503. o.) 20. pontja.

közösségi jogival egyeznie. De még ha a nemzeti bíró a közösségi koncessziófogalmat értette is, ez még nem jelenti azt, hogy ez a megjelölés az alapeljárásban is helytálló.

közbeszerzésről van szó, azaz mindkettő a tárgyát képezi, a szolgáltatásnyújtási irányelv 2. cikke szerint az alkalmazhatóság a közbeszerzés részeinek értékétől függ.

34. Ezen túlmenően még abban az esetben is, ha a másodlagos jog alkalmazásának feltételei teljesültek volna, tisztázatlan marad az, hogy a konkrét tényállás melyik irányelv hatálya alá tartozik. Ehhez meg kell jegyezni, hogy az adott tényállás nem minden lényeges elemében ismert a Bíróság előtt.

37. Az, hogy az alapeljárásban ilyen vegyes közbeszerzésről van-e szó, az ügy irataiból nem deríthető ki, azonban az érintett tagállam gyakorlatára tekintettel nem tűnik kizártnak, amint azt a Bíróság által a közelmúltban eldöntött egyik előzetes döntéshozatali eljárás²¹ mutatja.

35. Mivel a községek mint testületek mind a klasszikus közbeszerzési irányelvek, mind pedig az ágazati irányelv értelmében ajánlattevőnek minősülnek, ezért a közbeszerzés célját kellene tisztázni. Ettől a céltól függ, hogy melyik irányelvet kell alkalmazni²⁰.

38. Amint azt már a RLSAN.-ügyben megállapította, a Bíróság a kérdést előterjesztő bíróság közléseinek helyességét, amely szerint az alapjogvita nem szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzésre vonatkozik, nem vizsgálhatja felül²².

36. Még ha tisztázódna is, hogy nem a — többi irányelv tekintetében speciális — ágazati irányelvet kell alkalmazni, az még bizonytalan lenne, hogy melyik klasszikus közbeszerzési irányelv hatálya alá tartozik a közbeszerzés. E tekintetben a közbeszerzés tárgya döntő, az, hogy áruk szállítását, például energiaszállítást, vagy szolgáltatásnyújtást, például ellátást érint-e. Ha vegyes

39. De még akkor is, ha a konkrét közbeszerzés alapvetően valamely irányelv alkalmazásának minden feltételét teljesíti, a meghatározott közbeszerzési eljárással a mindenkor irányelv mégis kivételt tehet. Így az alapügyben az irányelvben lévő kifejezett

20 — Lásd e tekintetben a C-20/01. és C-28/01. sz., Bizottság kontra Németország egyesített ügyekben 2003. április 10-én hozott ítéletet (EBHT 2003., I-3609. o.), valamint a C-126/03. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 2004. november 18-án hozott ítéletet (EBHT 2004., I-11197. o.).

21 — A C-310/01. sz. Comune di Udine ügyben 2002. november 14-én hozott végzés.

22 — A II. lábjegyzetben hivatkozott C-108/98. sz. ügyben hozott ítélet 20. pontja.

eltérések mellett, mint például az ágazati irányelv 13. cikke, a Bíróság által kifejlesztett íratlan eltérések is szóba jöhetnek, mint a Stadt Halle-ítéletben²³ kifejlesztett Teckal-eltérés²⁴ az úgynevezett *quasi-in-house* (kvázi belső gazdálkodási) közbeszerzések esetén. Ha ez az eset forogna fenn, akkor ismét az elsődleges jogot kellene alkalmazni.

ket rónak az EK 43. és 49. cikkben meghatározott alapszabadságok, azt az alapvető kérdést érinti, hogy az alapszabadságok vajon nemcsak a tagállami eljárásokra vonatkozó tilalmakat állapítanak-e meg korlátok formájában, hanem tevőleges kötelezettségeket is meghatároznak-e, és ha igen, melyek ezek.

40. Ez okként szolgálhatna arra is, hogy a nemzeti bíró az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdést csak az elsődleges jog értelmezésére korlátozta.

41. Ha ugyanis ténylegesen egyetlen irányelv sem lenne alkalmazandó, az alapszabadságok, amelyek nevezetesen a tagállamokat a más tagállamokból származó piaci résztvevőkkel szemben egyenlő elbánásra és átláthatóságra kötelezik, az alapeljárásban döntő jelentőségűek lehetnek.

43. Néhány, az alapszabadságokból következő tilalom nehézség nélkül tekinthető korlátnak, amelyek egyébként a Bíróság előtti számtalan eljárás tárgyát képezték. A közbeszerzés területéről csak az áruk szabad mozgásából levezetendő tilalomra kell utalni, amely szerint „tilos az ajánlattevőnek az érintett ajánlatra vonatkozó pályázati feltételek közé olyan feltételt felvenni, amely a megbízás végrehajtására bizonyos márkanév szerinti anyag felhasználását írja elő, anélkül hogy a »vagy ahhoz hasonló« kitétellet kiegészítené”²⁵.

B — Az alapszabadságok és a tevőleges kötelezettségek

42. Ez az eljárás, amelyben arról van szó, hogy az ajánlattevőre milyen kötelezettsége-

44. Ennek az ügynek a tényállása és a Bíróság általi elintézése azonban teljesen egyértelműen mutatja, hogy bizonyos dolog, nevezetesen bizonyos kiegészítés beillesztése elmulasztásának tilalma tevőleges kötelezettségként, nevezetesen a bizonyos kiegészítés beillesztésének kötelezettségeként is érthető.

23 — A C-26/03. sz. Stadt Halle ügyben 2005. január 11-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-1. o.).

24 — A C-107/98. sz. Teckal-ügyben 1999. november 18-án hozott ítélet (EBHT 1999., I-8121. o.).

25 — A 19. lábjegyzetben hivatkozott C-59/00. sz. ügyben hozott végzés 24. pontja.

45. A jelen előzetes döntéshozatali eljárás alapeljárásának tényállására alkalmazva ez legalább kétféle módon érthető. Egyrészt meg lehet vizsgálni azt, hogy az alapszabadságok — korlátként értelmezve — a szabadságkézi vétel vagy a közvetlen odaítélés tilalmát szabályozzák-e. Másrészt azt lehet megvizsgálni, hogy a nyilvánosság bizonyos szintjére vagy bizonyos közzétételre köteleznek-e. Mindig aszerint, hogy tilalom vagy a tevőleges kötelezettség oldaláról nézzük, úgy jutunk vagy nem jutunk tevőleges kötelezettséghez e tekintetben.

46. De egy másik ok miatt is feltétlenül szükségesnek tűnik a tevőleges kötelezettségek problematikájának közelebbi vizsgálata az előzetes döntéshozatalra előterjesztett, ilyen tényállású kérdés megválaszolásához.

47. A jelen tényállást az úgynevezett védekezésjogi elmélet szemszögéből is tekinthetjük. Az ajánlattevő vagy koncesszió kiírójának magatartását ugyanis egy másik jogába való beavatkozásként is tekinthetjük, nevezetesen a vállalkozás azon jogába való beavatkozásként, hogy a közbeszerzési eljárásban részt vegyen, vagy egy ajánlatot beadjon. A tagállamok, beleértve az ajánlatkérőket és a koncessziók kiíróit, kötelesek e közösségi jogból következő jognak a figyelembevételéről gondoskodni.

48. A teljesség kedvéért végül meg kell jegyezni, hogy a jelen tényállást abból a

szempontból is lehetne elemezni, hogy kiváltja-e az érintett önkormányzati testület védelmi vagy garanciális kötelezettségét. Nem vitatott mindenestre, hogy egy tagállam, az eljárás szerinti közösséget is beleértve, köteles az alapszabadságokat a jelen esetben a vállalkozások (azaz a lehetséges ajánlattevők) számára biztosítani.

49. Annak a kérdésnek a megválaszolásához, hogy az alapszabadságok tartalmaznak-e egyáltalán *tevőleges kötelezettségeket*, és mi ezeknek a tartalma, a Bíróságnak a kölcsönös elismerésre vonatkozó ítélkezési gyakorlata lényeges kiindulási pontot tartalmaz.

50. Ebből az ítélkezési gyakorlatból még a tagállam bizonyos eljárás kezdeményezésére és alkalmazására vonatkozó kötelezettsége is kiolvasható. A tevőleges cselekvés kötelezettsége ugyanúgy vonatkozik a törvényhozóra, mint a közigazgatásra és az igazságszolgáltatásra. Az alapszabadságokból levezetett előírások különösen az eljárás bizonyos vizsgálat elvégzésére vonatkozó tartalmát érintik. Eljárásjogi szempontból ezt a vizsgálatot még azáltal részletezik, hogy előírják célját és módszereit, nevezetesen a bizonyos dokumentumok összehasonlítása révén történő eljárást. Ebből kiindulva kell a határozatokat

indokolni, és így lesznek jogi úton meg-
támadhatóak²⁶.

51. Ezek az előírások a közbeszerzések jogára is alkalmazandóak, amennyiben itt is bizonyos eljárásjogi elvek betartásáról van szó. Következésképpen a kölcsönös elismerés területére vonatkozó eddigi ítélkezési gyakorlatból azt lehet levezetni, hogy az alapszabadságok mindenképpen megállapítanak a tagállamok számára bizonyos eljárásjogi *kötelezettségeket*.

52. További, az alapszabadságokon kívüli elsődleges jogi forrás, amelyből eljárásjogi előírások vezethetők le, az EK 10. cikk. Ennek első bekezdése egyértelműen a tagállamoknak címzett cselekvési kötelezettséget állapít meg („A tagállamok [...] megteszik a megfelelő [...] intézkedéseket”). Ebből az általános és nagyon alapvető előírásból az a kötelezettség mindenképpen adódik, hogy az eljárásokat, és ezáltal a közbeszerzési eljárást is, úgy alakítsák, hogy a tagállamok teljesítsék közösségi anyagi jogi kötelezettségeiket.

53. Abban a mértékben, amennyiben a közösségi jogból, ebben az eljárásban tehát az alapjogokból bizonyos kötelezettségek

következnek, a tagállamoknak, beleértve a helyi közösségeket is, a megbízások vagy koncessziók tekintetében is ennek megfelelően kell eljárniuk, azaz bizonyos határidőket be kell tartaniuk, vagy meghatározott nyilvánosságot kell biztosítaniuk.

54. Az EK 10. cikkel összefüggésben található ezenfelül az abból levezetett közösségi jogi elvek, mint amilyen az egyenértékűség vagy a hatékony érvényesülés elve, amelyek a tagállamok eljárásjogában, beleértve a közbeszerzési eljárásokra vonatkozó szabályokat is, bizonyos határokat állapítanak meg. Ezek az előírások nemcsak a jogvédelmet érintik, hanem már az azt megelőző szakaszt is, nevezetesen a közbeszerzési eljárás végrehajtását. Itt természetesen minden ügyet „ezen előírásnak a teljes eljárásban lévő helyének és az eljárás sajátosságainak figyelembe vételével kell vizsgálni”²⁷.

55. Ezek az elsődleges jogi előírások, amelyek a tagállamoknak az alapszabadságokból következő kötelezettségeit egészítik ki, különösen a közbeszerzési irányelv alkalmazási területén kívül bírnak nagy jelentőséggel.

56. Végül még az általános alapvető jogelvekre kell utalni, amelyekből ugyancsak levezethetők a nemzeti eljárásjogra vonat-

26 — A C-340/89. sz. Vlassopoulou-ügyben 1991. május 7-én hozott ítélet (EBHT 1991., I-2357. o.) 16. és azt követő pontja.

27 — A C-276/01. sz. Steffensen-ügyben 2003. április 10-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-3735. o.) 66. pontja és a C-327/00. sz. Santex-ügyben hozott ítélet (EBHT 2003., I-1877. o.) 56. pontja.

kozó előírások, és amelyek szintén szerepet játszhatnak a közbeszerzési eljárásban. Ez vonatkozik különösen az általános egyenlőségi elvre (az egyenlő elbánás elve), amely túlmutat az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalmán.

igazolják. Itt nemcsak a Szerződésben kifejezetten szabályozott okok jönnek tekintetbe, mint például a közbiztonság vagy a közegészség²⁸, hanem a „Cassis de Dijon”-ügy szerinti általános érdekek is.

C — Az alapszabadságokból eredő kötelezettségek a közbeszerzés területén

59. Az igazolási okok általános alkalmazhatóságát a koncessziók odaítélése területén a Bizottság is elismerte egyik közleményében²⁹. Magától értetődő, hogy a közbeszerzés területén is teljesülniük kell az igazolási okok itt közelebről meg nem határozott feltételeinek, mint például a nemzeti rendelkezés arányossága.

1. Az alapszabadságok korlátozott alkalmazási területe

57. Még ha helyesnek tartjuk is az alapszabadságok alapvető alkalmazhatóságát az ajánlattevőkre és a koncessziók kiíróira, ez semmiképpen nem jelenti azt, hogy az alapszabadságok ezáltal minden közbeszerzési eljárásra alkalmazandók.

60. Ezekhez az alapszabadságokból következő igazolási okokhoz csatlakoznak még a Szerződésben kifejezetten szabályozott eltérési rendelkezések. Ezek is alkalmazhatóak a koncessziók odaítélésére, azzal a következménnyel, hogy a koncesszió kiírója nincs kötve az alapszabadságok előírásaihoz.

61. Különösen a külső és a belső biztonság különböző szempontjait érintő rendelkezések jönnek itt számításba, amelyekre a tárgyaláson is utalás történt. Így az

58. Így nincs kizárva, hogy egy ajánlattevő vagy koncesszió kiírója joggal hivatkozik egyre a számos ok közül, amelyek az alapszabadságok alkalmazásának elmaradását

28 — A letelepedés és a szolgáltatásnyújtás szabadsága vonatkozásában ezek az EK 45. és 55. cikkben találhatók.

29 — A Bizottság közleménye a koncessziók területén felmerülő értelmezési kérdésekről a közösségi jogban (HL 2000. C 121; 3.1. pont).

EK 296. cikk (1) bekezdésének b) pontja lehetővé teszi a tagállamok számára bizonyos intézkedések megtételét, amelyek alapvető biztonsági érdekeik védelmében szükségesek. A közbeszerzések esetén ez bizonyos védelmi áruk beszerzését érinti. Noha ez az ágazat nem feltétlenül alkalmas a koncessziókra, a közösségi jog alapján ez mindenesetre nem volna kizárható.

62. Az EK 297. cikk ismét lehetővé teszi a tagállamoknak bizonyos intézkedések megtételét meghatározott krízishelyzetek esetén. Alapvetően ez az előírás alkalmazandó a beszerzésekre is.

63. Amint ez mindenekelőtt az EK 298. cikkből következik, a tagállamok lehetőségei természetesen egyik fent nevezett rendelkezés alkalmazásánál sem korlátlanok, és különösen a Bizottság és a Bíróság ellenőrzése alá tartoznak.

64. Végül még egy elsődleges jogi rendelkezésre kell utalni, amely ugyan nem az alapszabadságokra irányul, mégis kivételként működhet. Az EK 86. cikk (2) bekezdése ugyanis azt írja elő, hogy „e szerződés szabályai”, azaz az alapszabadságok is, olyan mértékben alkalmazandóak, „amennyiben ezek alkalmazása sem jogilag, sem ténylegesen nem akadályozza a rájuk bízott sajátos feladatok végrehajtását”. Ehhez jön további feltételként, hogy e szerződés a kereskedelem

fejlődését bizonyos mértékben nem befolyásolhatja. E rendelkezés címzettjei ugyan — ellentétben az EK 10. cikkel, amely a tagállamokra alkalmazandó — csak vállalkozások, és azok közül is csak azok, amelyek bizonyos szolgáltatások működtetésével vannak megbízva, vagy jövedelemtermelő monopólium jellegűek. Ezért ez az előírás csak a koncessziók azon kiíróira alkalmazandó, amelyek ilyen vállalkozásnak minősülnek.

65. A jelen előzetes döntéshozatali eljárás vonatkozásában így azt kellene vizsgálni, hogy a koncesszió kiírója vajon az ilyen eltérés alá tartozó vállalkozások csoportjába tartozik-e, illetve az odaítélés lefolytatásának módjára tekintettel szükséges volt-e lehetővé tenni számára, hogy a köz érdekében végzett feladataikat gazdasági feltételek között teljesítsék³⁰. Természetesen az is lehetséges, hogy az érintett tagállam az EK 86. cikkre hivatkozik a jogok egy vállalkozásra történő átruházásának igazolása érdekében³¹.

66. Végül a Teckal-³² és a Stadt Halle³³-ügyekben az eljárás során elhangzott ítélkezési gyakorlatot, valamint az ágazati irányelv 13. cikkében szabályozott, bizonyos szerződéseknek a kapcsolt vállalkozások számára történő odaítélésére vonatkozó eltérést kell megvizsgálni.

30 — A C-475/99. sz. Ambulanz Glöckner ügyben 2001. október 25-én hozott ítélet (EBHT 2001., I-8089. o.) 57. pontja és a C-320/91. sz. Corbeau-ügyben 1993. május 19-én hozott ítélet (EBHT 1993., I-2533. o.) 16. pontja.

31 — A C-157/94. sz., Bizottság kontra Hollandia ügyben 1997. október 23-án hozott ítélet (EBHT 1997., I-5699. o.) 32. pontja.

32 — A 24. lábjegyzetben hivatkozott C-107/98. sz. ügyben hozott ítélet.

33 — A 23. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz. ügyben hozott ítélet.

67. Ez az ítélezési gyakorlat, illetve szabályozás egészen különleges körülmények között megengedi a klasszikus közbeszerzési, illetve ágazati irányelv alkalmazásának félretételét. Azok a közbeszerzések, amelyek ezek közé a kivételek közé esnek, nem tartoznak a másodlagos jog közbeszerzési előírásai alá. Ezáltal azonban automatikusan megnyílik az elsődleges jog alkalmazása, beleértve az itt az eljárás tárgyát képező alapszabadságokat is.

68. Sem az idézett ítélezési gyakorlat, sem az ágazati irányelv kifejezett szabálya nem vezet azonban az elsődleges jog alkalmazásának félretételéhez. A közösségi jogtól történő ilyen messzemenő eltérésre sem az elsődleges jogban, sem pedig az ítélezési gyakorlatban nem találunk kiindulási pontot. Ha az alapeljárás közbeszerzésére az elsődleges jog alkalmazandó, az idézett ítélezési gyakorlat, illetve az ágazati irányelv jelentősége szerint a kérdés nem merül fel többé, mert itt a másodlagos jog alkalmazása alóli kivételekről van szó.

2. Lépcsőzetesség az elsődleges jogon belül vagy egységes közbeszerzési rendszer?

69. Még ha meg is állapítjuk az elsődleges jog, vagyis az alapszabadságok alkalmazhatóságát egy konkrét közbeszerzésre, további

lépésként azt kell tisztázni, hogy milyen konkrét kötelezettségei vannak az ajánlattevőnek vagy a koncesszió kiírójának. Tehát az alapjogokból esetlegesen adódó közbeszerzési rendszer feltárásáról van szó.

70. E tekintetben mindenekelőtt az a kérdéses, hogy az alapszabadságok egyáltalán megállapítanak-e bármiféle rendszert, még hozzá olyan egységes rendszert, amely minden, a hatályuk alá tartozó közbeszerzésre alkalmazandó. Nagyon elvonatkoztatva ez lehet, hogy így van. Így a tagállamokhoz tartozó ajánlatkérők és koncessziók kiírói kötelesek a hátrányos megkülönböztetés tilalmát és a letelepedés, valamint a szolgáltatásnyújtás szabadságának bizonyos korlátait figyelembe venni.

71. Önmagában az a körülmény, hogy az alapszabadságokból még megközelítőleg sem lehet olyan meghatározott előírásokat levezetni, mint az irányelvekből, az ellen szól, hogy minden közbeszerzésre, például a közzététel módja és tartalma tekintetében, körülbelül ugyanazok az eljárási szabályok vonatkozzanak.

72. Kétségtelen, hogy a jog egyértelműsége és a jogbiztonság érdekében csakúgy, mint az ajánlatkérőnek és a koncesszió kiírójának, valamint a vállalkozásnak, mint lehetséges ajánlattevőnek előnyös lenne, ha csak egy elsődleges jogi rendszer, vagy legalábbis csak kevés ilyen rendszer létezne: így elkerülhe-

tőek lennének a gyakorlatban néha felmerülő problémák, amelyek abból keletkeznek, hogy egy koncesszió odaítélésének eljárása során először a tárgyalások során lesz az odaítélésből megbízás³⁴.

73. Másrészt viszont a közbeszerzések esetén kedvező, ha a résztvevőknek bizonyos szabad mozgásterük van. Így már az irányelvek is egy sor kialakítási lehetőséget irányoznak elő. Hasonlóaknak kellene igazán az elsődleges jog alkalmazási területén is érvényesülniük.

74. A probléma csak azon közbeszerzési kategóriák meghatározásánál keletkezik, amelyekre mindig meghatározott rendszer alkalmazandó. Mindazonáltal sem a Szerződés szövegéből, sem pedig az alapszabadságokra, különösen pedig a közbeszerzésekre vonatkozó ítélkezési gyakorlatból nem lehet a közbeszerzések különböző kategóriái (eset-csoportjai) elhatárolásának feltételeit levezetni. Az azonban, hogy itt fokozatosság szükséges, már az arányosság elvéből nyilvánvaló.

75. Elképzelhető lenne mindazonáltal, hogy e tekintetben is visszanyúljunk a Teckal- és a

Stadt Halle-ügyekben meghatározott ítélkezési gyakorlat, valamint az ágazati irányelv 13. cikke szerinti eltérésekhez abban az értelemben, hogy az általuk átfogott közbeszerzésekre könnyített rendszer alkalmazandó. Mindazonáltal ezen eltéréseknek az elhatárolási feltételként történő alkalmazása ellen szól, hogy nincs olyan egységes elsődleges jogi közbeszerzési rendszer, amelytől el lehetne térni.

76. Szakszerű lenne olyan feltételek segítségével hívása, amelyeket az irányelvek is előírnak a közbeszerzési kategóriák meghatározására.

77. Fontos szempontot képez egyrészt a közbeszerzés becsült értéke³⁵. Ehhez jön még a közbeszerzés tárgya, azaz hogy szolgáltatásokról, beszerzésekről vagy építési munkálatokról van-e szó. A szolgáltatásokon belül pedig a közelebbi tartalom szerint lehetne különbséget tenni, hasonlóan az irányelvekhez, amelyek kivett, nem kiemelt és kiemelt szolgáltatások között tesznek különbséget. A továbbiakban a közbeszerzés összetettségi fokát kellene megállapítani, azaz hogy inkább szabványárúkról vagy összetett infrastrukturális projektekről van-e szó, amelyek technikai, jogi vagy pénzügyi feltételeit a közbeszerzési eljárás elején egyáltalán nem lehet megadni.

34 — Zöld Könyv az állami és magánszektor közötti együttműködésről (PPP), valamint a közbeszerzésekre és a koncesszióra vonatkozó közösségi előírásokról (COM (2004) 327. végleges 34. és azt követő pontjai).

35 — A közösségi törvényhozó azon az állásponton volt, hogy a kis értékű megbízásokra az irányelv eljárása nem megfelelő (a 19. lábjegyzetben hivatkozott C-59/00. sz. ügyben hozott végzés 19. pontja).

78. Ennek az irányelvekben található kategóriaképzésnek az alapja a közbeszerzésre általánosan érvényes gondolat, miszerint bizonyos közbeszerzések jobban kötődnek a belső piachoz, mint mások, azaz a gazdasági résztvevők nagyobb körét érdeklik, mégpedig más tagállamokból származó gazdasági szereplőket is. Ez a szempont éppen az alapszabadságok alkalmazása szempontjából kell, hogy jelentőséggel bírjon, mivel ezek mégiscsak határokon átnyúló elemet követelnek meg.

79. A továbbiakban az egyes kategóriák egymástól való elhatárolása, azaz meghatározott közbeszerzés meghatározott kategóriába történő, és ezáltal meghatározott rendszerbe való besorolása céljából bizonyos körülményekre is, mint a kizárólagossági jogok vagy a sürgősség fennállása, lehetne támaszkodni. Ilyen módon bizonyos közbeszerzéseket, amelyek az alapszabadságok alkalmazási területére esnek, egészen mentesíteni lehetne a közbeszerzési hirdetmény közzététele alól.

80. Legfelül olyan rendszer állna, amely minden közbeszerzést magába foglalna — és amely több kategóriából állna, amelyekre külön rendszerek vonatkoznának — és ez végül az irányelvek mintája alapján megalkotott sokrétű elsődleges jogi közbeszerzési rendszerben, avagy pontosabban több rendszerben végződne. Az ebben az előzetes döntéshozatali eljárásban tárgyalt átláthatóság azonban csak egy a sok szabályozási terület közül.

81. Végül a hatékonyságnak a közbeszerzési eljárásokra is irányadó elvére kell utalni. E szerint az egész meghatározott eljárást, az eljárás lefolyását és az eljárás sajátosságait is figyelembe kell venni³⁶.

3. Az elsődleges jog rendelkezései

82. Kiindulópontként azt állapíthatjuk meg, hogy az elsődleges jog keretein belül semmi esetre sem ugyanazt a közbeszerzési rendszert kell alkalmazni, mint az irányelvek alkalmazási területén. Az ilyen átfogó átvitel ellen mindenekelőtt két ok szól.

83. Először is ebben az esetben — ráadásul az elsődleges jog végrehajtására előírt jogalkotási eljárás nélkül — az irányelveken kívül is érvényesülnének azok a rendszerek, amelyeket kizárólag az irányelvek által magukba foglalt közbeszerzésekre hoztak létre. Ez a közösségi jogalkotási eljárás megkerülését jelentené. Másodszor az irányelveket is megkerülné, amelyek rendelkezései pontosan csak meghatározott közbeszerzésekre vonatkoznak.

³⁶ — A C-276/01. sz. Steffensen-ügyben 2003. április 10-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-3735. o.) 66. pontja és — különösen a közbeszerzési jogra vonatkozóan — a C-327/00. sz. Santex-ügyben 2003. február 27-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-1877. o.) 56. pontja.

84. Mindenekelőtt arra a körülményre kell emlékeztetni, hogy az alapszabadságokból levezethető rendelkezések alapvetően a közbeszerzések minden szempontjára érvényesek, azaz egyrészt azok érdemi részére, amilyen például a szolgáltatás meghatározása (például technikai specifikációk révén vagy a koncesszió időtartama megadásával) vagy az alkalmasság (mindenekelőtt a képesítés), és az odaítélés feltételeinek meghatározása, ahol különösen a kölcsönös elismerés elvét kell figyelembe venni. Másrészt ezek az előírások az eljárásjogi oldalra is érvényesek, azaz az eljárásra szűkebb értelemben, mint például az eljárás módjának megválasztása — amihez az ajánlati felhívás közzététele is hozzátartozik — és a határidők (például amelyek a résztvevők részvételi jelentkezéseire és ajánlatainak beérkezésére vonatkoznak).

szerzési eljárás kezdetén meghatározott követelményeket be kell tartani, és azokat minden ajánlattevőre egyenlően kell alkalmazni.

87. Mivel azonban ebben az előzetes döntéshozatali eljárásban csak a megkövetelt átláthatóságról van szó, a további fejtegetések erre a szempontra korlátozódnak.

a) Az átláthatóság

85. Az átláthatóság eljárás tárgyát képező követelménye mellett az azzal összefüggő egyenlő elbánás követelményét³⁷, a verseny elvét és az arányosság elvét kell megemlíteni, mint olyan előírásokat, amelyek szintén az elsődleges jog területén lehetnek alkalmazandók.

88. Először is azt kell tisztázni, hogy az irányelvek szerinti átláthatóság többet foglal magába, mint az adott közbeszerzési eljárás nyilvánosságával összefüggő szempontokat. Az utóbbihoz tartoznak nagyjából a felhívások különböző formái, legyen a közbeszerzési eljárásban való részvételre való meghívás vagy a közzététel, azaz ajánlatok benyújtására szóló felhívás.

86. Az egyenlő elbánás követelményéből lehet levezetni, hogy a koncesszió nyerteseinek kiválasztása objektív alapokon kell, hogy történjen. Ez azt is jelenti, hogy a közbe-

89. Ebből kiindulva az irányelvek egyéb közzétételi kötelezettségeket is ismernek, mint például a sikeres odaítélésről szóló hirdetmény. Ezt meghaladóan az irányelvek belső feljegyzési kötelezettségeket írnak elő, például jegyzőkönyv formájában vagy bizo-

37 — A C-275/98. sz. Unitron Scandinavia és 3-S ügyben 1999. november 18-án hozott ítélet (EBHT 1999., I-8291. o.) 31. pontja, és a 2. lábjegyzetben hivatkozott C-324/98. sz. ügyben hozott ítélet 61. pontja.

nyos dokumentáció megőrzése vonatkozásában³⁸. Ezek a kötelezettségek az elsődleges jogra is alkalmazandók.

érvényes, hogy az átláthatóságnak biztosítania kell a torzításmentes versenyt, és hozzá kell járulnia a nemzeti piacok megnyitásához.

90. Az átláthatóság elve ezt meghaladóan sokkal inkább az egész közbeszerzési eljárásra érvényes elsődleges elvet képez. Ehhez tartozik az ajánlatkérő felelősségének megállapítása határozatai tekintetében csakúgy, mint az általános objektív eljárásmód a közbeszerzési eljárás során.

91. A jelen ügyben a Bíróságot arra kérték, hogy közelebbről is magyarázza a közzétételi kötelezettségre vonatkozó ítélkezési gyakorlatát. A Telaustria-ügyben ugyanis alapvetően úgy döntött, hogy „Az ajánlatkérő átláthatóságra irányuló kötelezettsége *megfelelő* nyilvánossági szint biztosításá[nak] kötelezettségé[lt] jelenti valamennyi potenciális ajánlattevő számára, amely lehetővé teszi a szolgáltatási piacoknak a verseny számára történő megnyitását, valamint az odaítélési eljárások pártatlanságának ellenőrzését”³⁹.

93. Az odaítélés „megfelelő nyilvánossági szint”-je legelőször is azt a kérdést érinti, hogy történt-e egyáltalán közzététel. Így nem zárható ki, hogy adódhatnak olyan esetek, amelyekben szabadkézi vételt, azaz előzetes hirdetmény nélküli közbeszerzési eljárást lehet lefolytatni. Amit tehát az irányelvek megengednek, annak az elsődleges jog alkalmazási területén is megengedettnek kell lennie. Hogy az irányelvek és az elsődleges jog közötti elhatárolást ne mossuk el, túlságosan is szigorú lenne, ha a hirdetmény nélküli odaítélési eljárásokat csak az irányelvek feltételei esetén, azaz az ott kimerítően felsorolt okokból lehetne lefolytatni. Ugyanúgy túlságosan is szigorú lenne, ha az ilyen eljárás megengedhetőségét minden potenciális ajánlattevővel való kapcsolatfelvételtől tennénk függővé. Ha az ajánlatkérő vagy koncesszió kiírója mégis megteszi ezt, az átláthatóságnak mindenesetre eleget kell tennie⁴⁰.

92. A „megfelelő nyilvánossági szint” meghatározásánál a kiindulópont az alapjául szolgáló átláthatóság követelményének célkitűzése. Csakúgy, mint az irányelvek esetén, az elsődleges jog alkalmazási területén is

94. Természetesen megfordítva pedig azt kell megakadályozni, hogy az ajánlatkérő vagy a koncesszió kiírója a részére biztosított mozgásterrel visszaéljen. Ebben az esetben

38 — Lásd ehhez a szolgáltatási irányelv 12. cikkét, valamint az ágazati irányelv 41. cikkét.

39 — A 2. lábjegyzetben hivatkozott C-324/98. sz. ügyben hozott ítélet 62. pontja. Kiemelés tőlem.

40 — Ezt az esetet feltételezi Fennelly főtanácsnok indítványának 43. pontjában a Telaustria-ügy alapeljárásával kapcsolatban akkor, ha az ajánlattevők nem teljesen vagy nem nagyrészt abban az államban letelepedettek, mint az ajánlatkérő.

számos eltérési lehetőséget tartalmazó, alapvetően elsődleges jogi közzétételi kötelezettségből lehetne kiindulni. Eszerint az ajánlatkérőnek vagy a koncesszió kiírójának az egyes esetekben meg kellene indokolnia, hogy miért tér el a közzététel szabályától.

95. Még ha azonban az alapvető közzétételi kötelezettségből indulunk is ki, akkor is nyitva marad számos részlet.

minimális tartalma tekintetében. Általános szabály, hogy annyi információt kell adni, amennyi a vállalkozások számára szükséges ahhoz, hogy a közbeszerzési eljárásban való részvételükről vagy ajánlatuk benyújtásáról dönteni tudjanak. Az alapszabadságokból azonban semmi esetre sem származtatható olyan sok és az összes esetre érvényes részlet, amelyek azután összességükben a hirdetések számára mintát adhatnának, mint ahogy azt az irányelvekben előírják. Mindazonáltal a közlemény minimális tartalma tekintetében is elvként érvényes: az alapszabadságok nem köteleznek minden esetben minden olyan adatra, amelyeket a másodlagos jog szerinti, hirdetményre vonatkozó minták előírnak.

96. Így felmerül a közzététel eszközeinek kérdése. Egyrészt a földrajzi kiterjedés szempontjáról van szó, azaz a helyi, regionális, nemzeti vagy európai szintről. Másrészt az eszköz módjára magára is vonatkozik. Így a klasszikus nyomtatott eszközök, mint a mindenkor gazdasági ágazat hivatalos lapjai, újságjai vagy publikációi mellett elektronikus fórumok, mint az internet is számításba jönnek. Bizonyos körülmények között még a régimódi falragasz⁴¹ formához is vissza lehet nyúlni.

98. A hirdetmény módja és tartalma az elsődleges jogon belül a közbeszerzési kategóriák képzésére és az abból eredő lépcsőzetességre vonatkozó feltételekhez igazodik.

97. A közzététel módja azonban csak az egyik szempont. Emellett az ajánlatkérő vagy a koncesszió kiírója számára azt is fontos tudni, hogy az alapszabadságok milyen előírásokat tartalmaznak számára a közlemény

99. Arra a körülményre tekintettel, hogy az iratokból, különösen az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből nem tűnnek ki azok a szükséges részletek, amelyek alapján az alapeljárásra irányadó megfelelő nyilvánossági szint meghatározható lenne, és tekintettel arra az elvre, hogy az EK 234. cikk szerint az előzetes döntéshozatali eljárásban nem feladata a Bíróságnak, hogy a közösségi jog rendelkezéseit meghatározott tényállásra

41 — Ezt a Bizottság is megengedhetőnek tartja a 29. lábjegyzetben hivatkozott közleményében.

alkalmazza, a nemzeti bíró feladata lesz annak megítélése, hogy eleget tettek-e az alapeljárásban az átláthatóság követelményének⁴².

100. E tekintetben a nemzeti bírónak a piacelemzés értelmében azt kell figyelembe vennie, hogy mely gazdasági szereplők számára érdekes a potenciális versenyre való tekintettel a tervezett közbeszerzés, ahol a közbeszerzés értéke és tárgya döntő szerepet játszanak.

b) A meghatározott *quasi-in-house* beszerzésekre vonatkozó eltérés

101. Mint már kifejtettem, sem a Teckal és a Stadt Halle ítélkezési gyakorlat szerinti másodlagos jogi eltérés, sem az ágazati irányelv 13. cikkében meghatározott eltérés nem vezethet az elsődleges jog, azaz az itt tárgyalt alapszabadságok alkalmazásának elmaradására.

102. Ha az alapeljárás közbeszerzése ténylegesen szolgáltatásra irányuló koncessziónak minősül, és ennek alapján nem tartozik az irányelvek hatálya alá, akkor feleslegessé válik az a kérdés, hogy a tényleges közbeszerzésre más körülmény miatt nem alkalmazandóak-e az irányelvek, például azért, mert az ítélkezési gyakorlat vagy az ágazati irányelv eltérései érvényesülnek. Ugyanis ekkor már másik ok miatt kell alkalmazni az elsődleges jogot.

103. Egyebekben pedig az EK 234. cikk szerint az előzetes döntéshozatali eljárás keretein belül nem feladata a Bíróságnak, hogy a közösségi jogszabályokat a konkrét tényállásra alkalmazza. Ezt a Bíróság többször hangsúlyozta közbeszerzési ügyekben is⁴³. Sokkal inkább a nemzeti bíró feladata lenne annak vizsgálata, hogy az alapeljárásban a Bíróság által kifejlesztett ismérvek, illetve az ágazati irányelv feltételei teljesülnek-e. E tekintetben először azt kellene megvizsgálni, hogy egyáltalán alkalmazandó-e valamelyik irányelv.

104. Ha szolgáltatásra irányuló koncesszióról van szó, aminek következtében az irányelvek nem alkalmazandók, akkor minden esetben mindkét *quasi-in-house* eltérés alkalmazása kizárt.

42 — Az ilyen megoldás tekintetében lásd a 2. lábjegyzetben hivatkozott C-324/98. sz. ügyben hozott ítélet 63. pontját.

43 — Lásd ehhez a 2. lábjegyzetben hivatkozott C-324/98. sz. ügyben hozott ítélet 63. pontját, a C-18/01. sz. Korhonen-ügyben 2003. május 22-én hozott ítéletet (EBHT 2003., I-5321. o.), a C-448/01. sz. EVN AG és Wien-Strom ügyben 2003. december 4-én hozott ítéletet (EBHT 2003., I-14527. o.); és a 21. lábjegyzetben hivatkozott C-310/01. sz. ügyben hozott végzést.

VI — Véggövetkeztetések

105. Mindezek után azt javaslom, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekre a Bíróság az alábbiak szerint válaszoljon:

„Az EK 43. és 49. cikket úgy kell értelmezni, hogy alapvetően megkövetelik az átláthatóságot. Az EK 43. és 49. cikk azonban nem minden esetben ellentétes a közvetlen odaítéléssel, azaz hirdetmény közzététele nélküli, illetve részvételre való felhívás nélküli odaítéléssel. Annak a kérdésnek a megítélésénél, hogy az alap-eljárásban történt közbeszerzési eljáráshoz hasonló eljárásban a közvetlen odaítélés megengedett-e, a nemzeti bírónak piacelemzés értelmében azt kell figyelembe vennie, hogy mely gazdasági résztvevők számára érdekes a potenciális versenyre való tekintettel a tervezett közbeszerzés, ahol a közbeszerzés értéke és tárgya döntő szerepet játszanak.”