

CHRISTINE STIX-HACKL

FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

Az ismertetés napja: 2004. szeptember 23.¹

I — Előzetes megjegyzések

1. Jelen előzetes döntéshozatali eljárás tárgya lényegében a közbeszerzési jog alábbi két jogi problémája: a szerződés közvetlen odaítélésével, azaz a formális közbeszerzési eljárás lebonyolításának mellőzésével szembeni jogvédelem és az úgynevezett kvázi egységen belüli szerződés-odaítélés kivételeinek feltételei. Ez utóbbi probléma a Teckal-ügyben hozott ítélet² értelmezését érinti.

II — Jogi háttér

2. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések egyrészt az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló, 1989. december

21-i 89/665/EGK tanácsi irányelvre³ (a továbbiakban: 89/665 irányelv), másrészt a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelvre⁴ vonatkoznak (a továbbiakban: 92/50 irányelv).

3. A 89/665 irányelv 1. cikke (1) bekezdésének hatályos szövege az alábbiak szerint rendelkezik:

„A tagállamok megtesznek minden szükséges intézkedést annak biztosítása érdekében, hogy a 71/305/EGK, a 77/62/EGK és a 92/50/EGK irányelv hatálya alá tartozó közbeszerzési eljárásokat illetően az ajánlatkérők által hozott határozatokkal szemben a következő cikkekben és különösen a 2. cikk (7) bekezdésében foglalt feltételeknek megfelelően hatékonyan és különösen a lehető leggyorsabban jogorvoslattal lehessen élni azon az alapon, hogy e határozatok megsértették a közbeszerzésre vonatkozó közösségi jogot vagy az e jogot végrehajtó nemzeti jogszabályokat.”

3 — HL L 395., 33. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 246. o., módosította a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelv 41. cikke (HL L 209., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 322. o.), a kérdést előterjesztő bíróság végzésében: RMKR.

4 — HL L 209., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 322. o., többször módosítva; a kérdést előterjesztő bíróság végzésében: DKR.

1 — Eredeti nyelv: német.

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

4. A 92/50 irányelv 1. cikkének a) pontja többek között az alábbiak szerint rendelkezik:

b) egy több ajánlatkérő által a 2. cikk (2) bekezdése szerinti tevékenység végzése céljából létrehozott közös vállalkozás ítél oda ezen ajánlatkérők egyikének vagy egy olyan vállalkozásnak, amely kapcsolódik ezen ajánlatkérők valamelyikéhez,

„Ennek az irányelvnek az alkalmazásában:

a) *szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződés*: egy szolgáltató és egy ajánlatkérő közötti visszerhes írásbeli szerződés [...]”.

annyiban, amennyiben a Közösségen belüli szolgáltatások terén e vállalkozás megelőző három évre vonatkozó átlagos forgalmának legalább 80%-a e szolgáltatások azon vállalkozások részére történő teljesítéséből származik, amelyekhez kapcsolódik.

5. Végül az alapeljárásban hivatkoztak a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/38/EGK tanácsi irányelvre is (a továbbiakban: 93/38 irányelv)⁵. Ennek 13. cikke (1) bekezdése az alábbiak szerint rendelkezik:

Ha az ajánlatkérőhöz kapcsolódó egyenél több vállalkozás ugyanazt a szolgáltatást vagy hasonló szolgáltatásokat teljesít, akkor az e vállalkozások által a Közösségben teljesített szolgáltatásokból származó teljes forgalmat figyelembe kell venni.”

„(1) Ez az irányelv nem alkalmazható olyan szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződésekre, amelyeket:

III — A tényállás és az alapeljárás

a) egy ajánlatkérő egy kapcsolt vállalkozásnak ítél oda;

6. A Stadt Halle 2001 tavaszán olyan projekt kidolgozásába kezdett, amely hulladékkezelési közszolgáltatás hatálya alá tartozó és esetleg ez alá nem tartozó kommunális hulladék önkormányzati irányítású projektlétesítmény általi előzetes kezelésére, hasznosítására, illetve ártalmatlanítására irányult. A Stadt Halle 2001. december 12-i hatá-

5 — HL L 199., 84. o.; magyar nyelvű kiadása 6. fejezet, 2. kötet, 194. o., többször módosítva.

rozatában megbízta az RPL Recyclingpark Lochau GmbH-t (a továbbiakban: RPL) a lochauti székhelyű Thermische Abfallbeseitigungs- und Verwertungsanlage (hulladékégető- és -hasznosító létesítmény, a továbbiakban: hulladékégető létesítmény) alapításának tervezési, engedélyezési és építési munkáival. Ezzel egy időben a Stadt Halle úgy határozott, hogy formális közbeszerzési eljárás előzetes lebonyolítása nélkül tárgyalásokat kezd az RPL-lel a Stadt Halle egyéb, nem hasznosítható hulladékának 2005. január 1-jétől történő kezeléséről. A már tervezetben rendelkezésre álló szerződés állítólag jelentősen meghaladja az ilyen szolgáltatási megbízásokra vonatkozó küszöbértéket. A Stadt Hallénak ezenkívül szándékában áll két szomszédos járással célmegállapodást kötni a hulladékégető létesítmény kapacitásának kihasználása érdekében, amely alapján ezen önkormányzatok a teljesítés céljából a Stadt Halléra ruházzák át a hulladékkezelés és -hasznosítás feladatát oly módon, hogy végül e járássok nem hasznosítható egyéb hulladékának kezelése szintén az RPL hulladékégető létesítményében történne. A Stadt Halle abból indul ki, hogy ilyen esetben pályázati kiírási kötelezettség hatálya alá nem eső, „egységen belüli gazdasági műveletről” van szó.

7. Az RPL-t 1996-ban alapították, a közszektor részvételével működő korlátozott felelősségű társaság jogi formában. Az RPL tagjai egyrészt a Stadtwerke Halle GmbH 75,1%-os részesedéssel – amelynek egyetlen tagja, a Verwaltungsgesellschaft für Versorgungs- und Verkehrsbetriebe der Stadt Halle mbH 100%-ban a Stadt Halle tulajdo-

nát képezi –, másrészt pedig a magánkézben lévő RWE Umwelt Sachsen-Anhalt GmbH korlátolt felelősségű társaság, 24,9%-os részesedéssel. A jelenlegi részesedési arányokat csak 2001 végén állapították meg a társasági szerződésben a 2005. június 1-jétől kezdődő hulladékkezelési közszolgáltatás tervezett odaítélésével összefüggésben. A társasági szerződés szerint az RPL-vállalkozás célja hulladék-újrafeldolgozó és hulladékkezelő létesítmények működtetése, különösen biohulladék komposztálására, vegyes építési hulladék és ipari hulladék kezelésére szolgáló létesítmények működtetése, szennyvíziszap kezelésére és hasznosítására, kapilláris víz, depóniagáz és biogáz hasznosítására, továbbá hulladékégetésre szolgáló létesítmények építése és működtetése.

8. A társasági szerződés szerint a társasági határozatokat a szavazatok egyszerű többségével, és egyes döntéseknél – mint például a társaság két ügyvezetőjének kinevezésénél – 75%-os minősített többséggel hozzák meg. Az ügyvezetésnek havonta kell tájékoztatnia a tagokat a Stadtwerke Halle GmbH beszámolási szabályai szerinti beszámolóban. Egyes jogügyletekhez és intézkedésekhez, mint például üzemeltetési szerződések megkötéséhez, illetve módosításához, beruházási döntésekhez, továbbá bizonyos összeghatár feletti kölcsön felvételéhez, a társaság taggyűlésének hozzájárulása szükséges. Jelenleg az RPL kereskedelmi és műszaki irányítását egy harmadik vállalkozás végzi, amelyre ezt a feladatot szerződéses úton ruházták át. Az egyébként a felügyelőbizottság hatáskörébe

tartozó ellenőrzési feladatokat a Stadtwerke Halle GmbH felügyelőbizottsága látja el. A társasági szerződés szerint a Stadt Halle az év végi pénzügyi zárás tekintetében különösen az elszámolások ellenőrzésére és a Stadt Halle számviteli szerve részére közvetlen információk megszerzésére jogosult.

10. E döntéssel szemben a Stadt Halle és az RPL azonnal keresetet nyújtott be az Oberlandesgericht Naumburgnál.

IV — Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések

9. Az Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna (a továbbiakban: TREA) 2001. december 21-i és 2002. január 30-i levelében a Stadt Hallénál kifogásolta, hogy nem valósulnak meg az „egységen belüli gazdasági művelet” feltételei, és ezért a közbeszerzési jogot sérti az ellenérdekű fél azon szándéka, hogy a hulladékkezelési közszolgáltatást 2005. június 1-jétől formális pályázati kiírás nélkül ítélje oda. A Stadt Halle 2002. február 7-i levelében, továbbá a 2002. február 19-i megbeszélésen megerősítette, hogy fenntartja jogi álláspontját. A TREA 2001. február 21-i kérelmében jogorvoslati eljárást kezdeményezett a Regierungspräsidium Halle mellett működő Vergabekammernél (közbeszerzési ügyekben jogorvoslatra illetékes közbeszerzési tanács) annak érdekében, hogy a Stadt Hallét nyílt pályázat lebonyolítására kötelezzék. A Regierungspräsidium Halle mellett működő Vergabekammer 2002. május 27-i határozatával a Stadt Hallét arra kötelezte, hogy a szóban forgó, „Stadt Halle nem hasznosítható egyéb hulladékának 2005. június 1-jétől történő kezelésére” vonatkozó közszolgáltatást versenyeztetés alapján és nyilvános közbeszerzési eljárásban a nemzeti közbeszerzési szabályok szerint ítélje oda.

11. Az Oberlandesgericht Naumburg az eljárást felfüggesztette, és előzetes döntéshozatal céljából az alábbi kérdéseket terjesztette a Bíróság elé:

1. A [89/665] irányelv 1. cikkének (1) bekezdése kötelezi-e a tagállamokat arra, hogy biztosítsák a hatékony és lehető leggyorsabb jogorvoslat lehetőségét az ajánlatkérő azon határozatával szemben, amellyel az ajánlatkérő az irányelv közbeszerzésre vonatkozó rendelkezéseinek megfelelő eljárást megelőzve ítél oda közbeszerzési szerződést?
2. A [89/665] irányelv 1. cikkének (1) bekezdése kötelezi-e a tagállamokat arra is, hogy biztosítsák a hatékony és lehető leggyorsabb jogorvoslat lehetőségét az ajánlatkérő által az ajánlati felhívás formális kiírását megelőzően hozott határozatokkal szemben, nevezetesen az olyan előzetes kérdésekre vonatkozó határozatokkal szemben,

amelyek tárgya annak megállapítása, hogy egy adott beszerzés általában véve a közbeszerzésre vonatkozó irányelvek személyi vagy tárgyi hatálya alá tartozik-e, vagy kivételes alapon a közbeszerzési jog alóli mentességről van szó?

ez a szerződés kivételesen nem minősül szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződésnek a [92/50] irányelv 1. cikkének a) pontja alapján, mivel a szerződő fél az ajánlatkérő közigazgatási szervezetéhez vagy szerveihez tartozik (a továbbiakban: közbeszerzés alól mentes, egységen belüli gazdasági művelet), kizárt-e az ilyen szerződésnek a közbeszerzés alól mentes, egységen belüli gazdasági műveletként való minősítése csupán azon okból, hogy valamely magánvállalkozás társasági jogi részese-déssel rendelkezik a szerződő félben?

3. Az 1. kérdésre adott igenlő válasz és a 2. kérdésre adott nemleges válasz esetén: a tagállam teljesíti-e arra vonatkozó kötelezettségét, hogy biztosítsa a hatékony és lehető leggyorsabb jogorvoslat lehetőségét az ajánlatkérő azon határozatával szemben, amely szerint az irányelv közbeszerzésre vonatkozó rendelkezéseinek megfelelő eljárás mellőzésével ítélt oda közbeszerzési szerződést, amennyiben a jogorvoslathoz való jog megnyílásának feltétele az, hogy a beszerzés valamely meghatározott formális eljárási szakaszba érjen, mint például a harmadik féllel folytatott szóbeli vagy írásbeli szerződési tárgyalások megkezdése?
5. A negyedik kérdésre adott nemleges válasz esetén: milyen feltételek mellett tekintendő az ajánlatkérő közigazgatási szervezetéhez vagy szerveihez tartozónak az olyan szerződő fél, amelyben valamely magánszemély társasági jogi részesedéssel rendelkezik (a továbbiakban: a közszektor részvételével működő társaság)? Különösen:
 - a) Annak érdekében, hogy a közszektor részvételével működő társaság az ajánlatkérő szerveihez tartozónak minősüljön az ellenőrzés jellege és foka szempontjából, elegendő-e, ha e társaságban az ajánlatkérő „meghatározó”, befolyással rendelkezik, például az [Oszttrák Köztársaság, a Finn Köztársaság és a Svéd Királyság
4. Feltételezve egyrészt, hogy az ajánlatkérőnek – mint például valamely területi önkormányzatnak — szándékában áll valamely tőle formálisan független jogalannyal (a továbbiakban: szerződő fél) visszatérhes írásbeli szerződést kötni a [92/50] irányelv hatálya alá tartozó szolgáltatás tárgyában, másrészt, hogy

csatlakozásának feltételeiről, valamint az Európai Unió alapját képező szerződések kiigazításáról szóló] okmány [(HL 1994. C 241., 21. o. és HL 1995. L 1., 1. o.)], valamint a [93/38 irányelv módosításáról szóló, 1998. február 16-i] 98/4/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvvel (HL L 101., 1998.2.16., 1. o.) módosított 93/38 irányelv (HL 1993. L 199, 84. o., a továbbiakban: ágazati koordinációs irányelv) 1. cikkének 2. pontja és 13. cikkének (1) bekezdése értelmében?

- b) A közszektor részvételével működő társaság magánkézben lévő tagjának a jog által biztosított bármely befo-lyása a szerződő fél stratégiai célki-tűzéseire és/vagy az ügyvezetés körében hozott egyedi határozataira kizárja-e azt, hogy az előbbi az ajánlatkérő szerveihez tartozónak minősüljön?

- d) Ahhoz, hogy a közszektor részvéte-lével működő társaság az ajánlat-kérő szerveihez tartozónak minősüljön abból a szempontból, hogy tevékenysége lényeges részét ez utóbbiakhoz kapcsolódóan való-sítja meg, elegendő-e, ha e vállalko-zásnak a szolgáltatási ágazatban a megelőző három évre vonatkozó, Közösségen belüli átlagos forgalmá-nak legalább 80%-a az ajánlatkérő-nek vagy a hozzá kapcsolt, illetve hozzá tartozó vállalkozásoknak nyújtott szolgáltatásokból száрма-zik, vagy – amennyiben a vegyes tulajdonban álló vállalkozás még nem működik három éve — ha az előrejelzések alapján arra lehet szá-mítani, hogy az eléri a 80%-os küszöböt?

V — A jogvédelemre vonatkozó kérdések-ről (az előzetes döntéshozatalra előterjesz-tett első, második és harmadik kérdés)

A — Az elfogadhatóságról

- c) Elegendő-e a szóban forgó beszer-zést illetően a kizárólag a szerződés megkötésére és a szolgáltatásnyúj-tásra vonatkozó döntés tekintetében fennálló széles ügyvezetési hatáskör ahhoz, hogy a közszektor részvéte-lével működő társaság az ellenőrzés jellege és foka szempontjából az ajánlatkérő szerveihez tartozónak minősüljön?

12. A jogvédelemre vonatkozó kérdésekkel kapcsolatban először meg kell vizsgálni, hogy ezek az előzetes döntéshozatalra előterjesz-tett kérdések elfogadhatók-e, és ha igen, akkor milyen mértékben?

13. A Bíróság elvileg köteles minden előzetes döntéshozatal iránti kérelemről határozni, kivéve ha nyilvánvaló, hogy a kérelem valójában arra irányul, hogy konstruált jogvita kapcsán döntsön, illetve általános vagy hipotetikus természetű kérdésben nyilvánítson véleményt, és így a közösségi jog kért értelmezése semmilyen kapcsolatban nem áll az alapjogvita tényeivel vagy tárgyával, vagy ha a Bíróság nem rendelkezik azokkal a ténybeli vagy jogi információkkal, amelyek ahhoz szükségesek, hogy hasznos választ adhasson az előterjesztett kérdésekre ⁶.

14. Jelen ügyben az iratokból az derül ki, hogy a tervezett szerződés-odaítélés, amely az alapeljárás tárgyát képezi, már meghatározott szakaszban van, hiszen már létezik egy szerződéstervezet. Ebből következik, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések kizárólag annyiban elfogadhatók, amennyiben azok a jogvita eldöntéséhez ebben a tényállásban szükségesek. Jóllehet az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések a jogvédelem lényeges jogi problémáit érintik, ilyen általános természetű jogi megfontolások eljárási okokból nem megengedettek. Ezek ugyanis olyan tényállásokat érintenek, amelyek nem képezik tárgyát annak a konkrét jogvitának, amelyben a kérdést

előterjesztő bíróság eljár. Egyebekben a kérdést előterjesztő bíróság sem fejt ki, milyen okok késztették arra a megfontolásra, hogy az e tényállásokra adott válasz szükséges az előtte folyamatban lévő jogvita eldöntéséhez.

15. Ezért ezeket a kérdéseket hipotetikus természetűnek, és ezáltal elfogadhatatlannak kell minősíteni olyan támpontok hiányában, amelyekről arra lehetne következtetni, hogy az ilyen tényállásra adott válasz szükséges a jogvita eldöntéséhez ⁷.

16. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések tehát elfogadhatatlanok, amennyiben azokkal általános természetű jogi kérdéseket kívánnak megoldani. Ez a nemzeti jog közösségi joggal való összeegyeztethetőségére is érvényes, amit az előzetes döntéshozatalra előterjesztett harmadik kérdésben vetettek fel. E megszorításokkal azonban a jogvédelemre vonatkozó kérdések egyebekben, azaz az alapeljárás tényállásán belül, elfogadhatók. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első három kérdést azonos tartalmi felépítésükre – nevezetesen az ajánlatkérő felülvizsgálható aktusaira vonatkozó rendelkezésekre – tekintettel ajánlatos együttesen megvizsgálni és megválaszolni.

6 — A közbeszerzési eljárásokról lásd a C-421/0. sz. Traunfellner-ügyben 2003. október 16-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-11941. o.) 37. pontját és a C-448/01. sz., EVN és Wienstrom ügyben 2003. december 4-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-14527. o.) 76. pontját. Lásd továbbá különösen a 244/80. sz. Foglia-ügyben 1981. december 16-án hozott ítélet (EBHT 1981., 3045. o.) 18. pontját, a C-415/93. sz. Bosman-ügyben 1995. december 15-én hozott ítélet (EBHT 1995., I-4921. o.) 61. pontját, a C-134/95. sz., USSL N° 47 di Biella ügyben 1997. január 16-án hozott ítélet (EBHT 1997., I-195. o.) 12. pontját és a C-306/99. sz. BIAO-ügyben 2003. január 7-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-1. o.) 89. pontját.

7 — A fenti 6. lábjegyzetben hivatkozott C-421/01. sz. ügyben hozott ítélet 38. és azt követő pontjait és a fenti 6. lábjegyzetben hivatkozott C-448/01. sz. ügyben hozott ítélet 83. pontja, lásd továbbá a C-314/01. sz. Siemens-ügyben 2004. március 18-án hozott ítélet (EBHT 2004., I-2549. o.) 36. pontját.

B — *Érdemi álláspont*

17. Az ajánlatkérő egyes határozataival szembeni jogvédelemre vonatkozó kérdések lényegében azt a kérdést érintik, hogy mely szakasztól kell biztosítani a 89/665 irányelvben szabályozott jogorvoslati lehetőséget a tagállami fórumok előtt. Lényegében azon időpont meghatározásáról van szó, amikor a beszerzési szándék megvalósítása már elérte a megvalósítás azon szintjét, amely e jogvédelem kiváltásához szükséges.

18. Mindenekelőtt abból az elvből kell kiindulni, hogy a Bíróság ítélkezési gyakorlata szerint tágan értelmezendő a „határozatoknak” a 89/665 irányelv 1. cikkének (1) bekezdésében foglalt fogalma, és azok ezen irányelv 2. cikke (1) bekezdésének b) pontja szerinti felülvizsgálható aktusként, azaz az ajánlatkérő megtámadható aktusaiként való meghatározása.

19. Ezen ítélkezési gyakorlat szerint a 89/665 irányelv 1. cikkének (1) bekezdése nem tartalmaz „korlátozást” a határozatok „természetét és tartalmát illetően”⁸.

20. Továbbá a tagállamok a 89/665 irányelv 1. cikkének (3) bekezdése szerint kötelesek biztosítani, hogy „legalább” azon személyeknek lehetőségük legyen jogorvoslati eljárás igénybevételére, akiknek érdekében áll vagy állt egy közbeszerzési szerződés elnyerése, és a közbeszerzésre vonatkozó közösségi jog vagy az e jogot végrehajtó nemzeti jogszabályok állítólagos megsértése okán kárt szenvedtek, vagy fennáll ennek a kockázata.

21. Ebben az eljárásban felvetődik az a kérdés, hogy vajon a határozatok tág fogalmába beleértendők-e azok, amelyeket valamely közbeszerzési eljárást megelőzően, vagy jogi nyelven szólva annak megindítása előtt hoznak meg. Tehát a pusztán megfontolások és a közbeszerzési eljárás megindítása vagy annak mellőzése között meghozott határozatokról van szó.

22. Ezért a 89/665 irányelv célkitűzésére, méghozzá a hatékony jogvédelem biztosítására tekintettel – mint ahogyan azt az irányelv 1. cikkének (1) bekezdése kifejezetten szabályozza – a közbeszerzési eljárás megindítása előtt meghozott határozatokat is figyelembe kell venni.

⁸ — A C-81/98. sz., Alcatel Austria és társai ügyben 1999. október 28-án hozott ítélet (EBHT 1999., I-7671. o.) 35. pontja, a C-92/00. sz. HI-ügyben 2002. október 16-án hozott ítélet (EBHT 2002., I-5553. o.) 49. pontja és a C-315/01. sz., Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) kontra Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG) ügyben 2003. június 19-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-6351. o.) 52. pontja.

23. Ami a közbeszerzési eljárás mellőzéséről szóló határozattal szembeni jogorvoslati lehetőséget illeti, itt olyan határozatról van szó, amely a közbeszerzési eljárás megszüntetéséről szóló határozathoz, annak megfelelőjeként hasonlítható.

24. A közbeszerzési eljárás megszüntetéséről szóló határozatok az ajánlatkérő felülvizsgálható határozatai közé tartoznak. Ezt a Bíróság kifejezetten hangsúlyozta egy közbeszerzési eljárás visszavonásával kapcsolatban. Így „a 89/665 irányelv által követett cél teljes körű megvalósítását veszélyeztetné, ha az ajánlatkérők anélkül vonhatnák vissza szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződésre vonatkozó ajánlati felhívásukat, hogy az bírósági felülvizsgálati eljárás tárgyát képezhetné, amely arra irányul, hogy minden tekintetben biztosítsa a közbeszerzési anyagi jogot szabályozó irányelvek és az azokat megalapozó elvek hatékony érvényesülését”⁹.

25. Jóllehet a közbeszerzési eljárás mellőzéséről szóló határozat a közbeszerzési irányelvek értelmében egy megindított közbeszerzési eljárás megszüntetéséről szóló határozattal ellentétben természetesen nem tartozik a közbeszerzési eljárás hatálya alá, ez nem zárja ki semmi esetre sem a 89/665 irányelv alkalmazását.

26. Ugyanis a Bíróság ítélkezési gyakorlata szerint nem kizárólag az anyagi közbeszerzési irányelvek megsértésével szembeni jogorvoslat tartozik a jogvédelmet szolgáló 89/665 irányelv hatálya alá. Így a 89/665 irányelv 1. cikke (1) bekezdésének hatálya alá tartoznak „az ajánlatkérők által hozott olyan határozatok, amelyek a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi jog szabályainak hatálya alá esnek”¹⁰, ahol is a Bíróság nem szorítkozik a közbeszerzési irányelvek rendelkezéseire.

27. A tagállamok nem kötelesek minden további nélkül jogorvoslati eljárást biztosítani minden egyes olyan személynek, aki egy meghatározott közbeszerzési szerződést kíván elnyerni. Éppen ellenkezőleg, a tagállamok szabadon megkövetelhetik ezen felül, hogy az érintett személy az állítólagos jogsértés okán kárt szenvedjen, vagy fennálljon ennek a kockázata¹¹. Ennek megfelelően megtehetik azt, hogy alapvetően a közbeszerzési eljárásban való részvételt határozzák meg annak feltételeként, hogy az érintett személy bizonyítani tudja azt, hogy egyrészt érdekében áll a kérdéses közbeszerzési szerződés elnyerése, másrészt az állítólagos jogsértő odaítélés okán kárveszély áll fenn.

10 — Így mindenekelőtt a C-57/01. sz., Makedoniko Metro és Michaniki ügyben 2003. január 23-án hozott ítélet (EBHT 2003., I-1091. o.) 68. pontja. Lásd továbbá a fenti 8. lábjegyzetben hivatkozott C-92/00. sz. ügyben hozott ítélet 37. pontját és a fenti 8. lábjegyzetben hivatkozott C-315/01. sz. ügyben hozott ítélet 52. pontját.

11 — A C-230/02. sz. Grossmann Air Service ügyben 2004. február 12-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-1829. o.) 25. és azt követő pontjai, valamint a C-249/01. sz. Hackermüller-ügyben 2003. június 19-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-6319. o.) 18. pontja.

9 — A fenti 8. lábjegyzetben hivatkozott C-92/00. sz. ügyben hozott ítélet 53. pontja.

28. Mindenesetre a Bíróság már megállapította, hogy abban az esetben, ha valamely vállalkozás azért nem tett ajánlatot, mert az ajánlati felhívás vagy a dokumentáció állítólagos hátrányosan megkülönböztető műszaki leírásai miatt úgy ítélte meg, hogy nem képes a pályázatban kiírt teljes szolgáltatás teljesítésére, jogosult arra, hogy közvetlenül ezen műszaki leírásokkal szemben jogorvoslati eljárást indítson még az illető közbeszerzési szerződésre vonatkozó odaítélési eljárás befejezése előtt¹².

30. Ezért a jogorvoslati irányelvek, és ezáltal a jogorvoslati eljárás alkalmazása szempontjából nem lényeges az, hogy az anyagi közbeszerzési irányelvekben szabályozott közbeszerzési eljárást lebonyolították-e. A jogorvoslati irányelvek hatálya ugyanis nem kötődik az anyagi közbeszerzési irányelvekhez, tehát adott esetben a 93/98 irányelv tényleges alkalmazásához, hanem ahhoz, hogy vajon ezen irányelvek egyike alkalmazható lenne-e, illetve alkalmazható-e, azaz például a felülvizsgálandó eljárás ezen irányelvek egyikének hatálya alá esik-e.

31. A fenti megfontolásokból következik, hogy a közbeszerzési eljárás megindítása előtt hozott egyes aktusok a 89/665 irányelv szerinti jogorvoslat hatálya alá tartoznak. De ennek vannak bizonyos korlátai.

29. Mint ahogyan a vállalkozás részére lehetővé kell tenni azt, hogy a jogsértésekkel szemben közvetlenül jogorvoslati eljárást kezdeményezzen még azelőtt, hogy a közbeszerzési eljárás lezárását megvárná¹³, a vállalkozás részére lehetővé kell tenni azt is, hogy meghatározott, a közbeszerzéshez kapcsolódó határozatokkal szemben jogorvoslatot kezdeményezzen anélkül, hogy a közbeszerzési eljárás megindítását megvárná. Mivel éppen az idevonatkozó esetekre jellemző, hogy nem indul közbeszerzési eljárás a közbeszerzési irányelvek értelmében. A vállalkozástól azonban nem lehet elvárni, hogy ajánlatot tegyen, ha egyáltalán nem indult közbeszerzési eljárás.

32. Egyrészt az a körülmény, hogy a közbeszerzési eljárás megindításáig terjedő szakaszok nemcsak tagállamonként különböznek, hanem a konkrét beszerzési szándéktól is függnek, az ellen szól, hogy az ajánlatkérő minden aktusa felülvizsgálható legyen.

33. Továbbá emlékeztetni kell a Bíróság részéről a jogvédelem biztosítására vonatkozóan kimunkált feltételre. Eszerint „a 89/665 irányelv a mind a nemzeti, mind a közösségi szintű eljárások megerősítésére irányul, a

12 — A fenti 11. lábjegyzetben hivatkozott C-230/02. sz. ügyben hozott ítélet 28. pontja.

13 — A fenti 11. lábjegyzetben hivatkozott C-230/02. sz. ügyben hozott ítélet 29. és azt követő pontjai.

közbeszerzési szerződésekkel kapcsolatos közösségi irányelvek hatékony alkalmazásának biztosításához, különösen abban a stádiumban, amikor a jogsértések még orvosolhatók”¹⁴.

34. Azt, hogy az ajánlatkérő nem minden aktusával szemben kezdeményezhető jogorvoslat, a Bíróság egy másik ítélete is megerősíti, amelynek tárgya az ajánlatkérő egyes határozataival szembeni jogorvoslat nemzeti jog általi korlátozása volt. Ebben az ítéletben a Bíróság azt vizsgálta, hogy biztosított-e a megfelelő jogvédelem. Abban az eljárásban arra az eredményre jutott, hogy a jogvédelem megfelelő volt, jöllehet a nemzeti jog szerint kizárólag azok az eljárási cselekmények voltak megtámadhatók, amelyek közvetlenül vagy közvetve olyan érdemi döntést tartalmaztak, és az eljárás folytatását vagy a védekezést tették lehetetlenné, illetve jogokat vagy jogos érdekeket helyrehozhatatlan módon csorbítottak¹⁵.

35. Ha tehát elfogadható, azaz a 89/665 irányelvvel összeegyeztethető az, hogy nem vehető igénybe jogorvoslat egyes olyan aktusokkal szemben, amelyeket valamely közbe-

szervezési eljárás megindítása után hoztak, akkor annak is elfogadhatónak kell lennie, hogy egyes olyan aktusokkal szemben sem lehet jogorvoslattal élni, amelyeket valamely közbeszerzési eljárás megindítása előtt hoztak.

36. Végül emlékeztetni kell arra, hogy a közbeszerzési irányelvek a közbeszerzési eljárások összehangolására, azaz azok pusztán harmonizálása szorítkoznak, és nem szabályozzák a közbeszerzési eljárást megelőző szakaszokat.

37. Végeredményben tehát rögzíteni kell, hogy a 89/665 irányelv nem biztosít teljes körű megelőző jogvédelmet.

38. A felülvizsgálható aktusok meghatározásának döntő tényezőjét az anyagi jog alkotja, tehát az, hogy vajon a vállalkozásnak a közbeszerzési irányelvek szerint meghatározott jogosultsága van-e valamely aktus foganatosításához vagy annak mellőzéséhez.

39. Így alapvetően a megtiltásra vonatkozó jogosultság is szóba jöhet. Ez például arra irányulhat, hogy a közbeszerzési irányelvek hatálya alá tartozó valamely intézménynek megtiltsák, hogy a közbeszerzési irányelvek

14 — A fenti 8. lábjegyzetben hivatkozott C-81/98. sz. ügyben hozott ítélet 33. pontja (a kiemelés részünkről történt); lásd a C-433/93. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 1995. augusztus 11-én hozott ítélet (EBHT 1995., I-2303. o.) 23. pontját.

15 — A C-214/00. sz., Bizottság kontra Spanyolország ügyben 2003. május 15-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-4667. o.) 77. és azt követő pontjai.

hatálya alá tartozó beszerzését ezen irányelvek egyikében szabályozott közbeszerzési eljárás mellőzésével bonyolítsa le. A jogvédelemben így jön létre a szerződés-odaítélés megtiltásával való párhuzam.

40. A közbeszerzési eljárás megindítása előtt hozott, jogorvoslattal megtámadható aktusok meghatározásának lehetséges feltétele az, hogy azok a jogorvoslatot kezdeményező vállalkozást érintsék. Tehát itt a jogorvoslati jog egyik feltételéről van szó (aktív legitimáció).

41. Ezzel szemben a jelen eljárásban pusztán valamely aktus megtámadhatóságának feltételeiről van szó.

42. Egy további, ebben az előzetes döntéshozatali eljárásban figyelembe veendő korlátozás adódik azokból az eljárásjogi szabályokból, amelyek a Bíróság előtti ilyen típusú eljárásokra vonatkoznak. Ez az előzetes döntéshozatali eljárás sem irányulhat arra, hogy megadja a megtámadható határozatok általános definícióját, hanem kizárólag arra, hogy a nemzeti bíróság részére hasznos választ adjon annak érdekében, hogy meg tudja oldani az előtte folyamatban lévő jogvitát.

43. A jelen eljárás tárgya ezért nem általános feltételek kidolgozása abból a célból, hogy az ajánlatkérők aktusainak megtámadhatóságát meg lehessen ítélni, hanem kizárólag az adott alapeljárásban érintett aktusokra vonatkozó feltételek kidolgozása.

44. Ebben az összefüggésben elegendő utalni arra, hogy a 89/665 irányelv éppen olyan kevésbé szabályozza a pusztán belső megfontolásokat, mint a szükséglet meghatározását, a dokumentáció kidolgozását vagy a pusztán piacfelmérést. Így az ajánlatkérő arra irányuló belső jogi megfontolásait sem szabályozza, hogy vajon a beszerzési művelet a közbeszerzési irányelvek hatálya alá tartozik-e, vagy sem.

45. Azt a kérdést egyébiránt nem szükséges megválaszolni, hogy vajon felülvizsgálható aktusnak minősül már az arról szóló döntés, hogy egy másik vállalkozással tárgyalásokat kezdeményeznek, vagy csak a már folyamatban lévő szerződéses tárgyalások tekinthetők ilyennek. Ennyiben ugyanis itt hipotetikus természetű kérdésekről van szó, minthogy az alapeljárás és jelen előzetes döntéshozatali eljárás tárgya egy másik tényállás, méghozzá olyan, amelyben már létezik egy szerződés-tervezet.

46. Ilyen esetben az ajánlatkérő már a szerződés megkötése előtt áll. Azonban így e helyzet egy másik, a beszerzési ügyekben gyakran felmerülő tényállásnak, nevezetesen

a szerződés-odaítélést közvetlenül megelőző szakasznak felel meg. Ugyanis az odaítélés — a nemzeti jogtól függően — vagy megelőzi a közbeszerzési szerződés megkötését, vagy azonos magával a közbeszerzési szerződés megkötésével, hiszen — mivel az ajánlat elfogadásának tekintendő — a szerződés létrejöttét jelenti.

47. Az, hogy ilyen helyzetben megindították-e a közbeszerzési eljárást, amely a jelen esetben nem történt meg, a hatékony jogvédelem szempontjából nem jelenthet különbséget.

48. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első három kérdésre ezért azt a választ kell adni, hogy a 89/665/EGK tanácsi irányelv 1. cikkének (1) bekezdését úgy kell értelmezni, hogy a tagállamoknak bizonyos feltételek mellett hatékony és a lehető leggyorsabb jogorvoslatot kell biztosítaniuk az ajánlatkérők egyes olyan határozataival szemben, amelyeket közbeszerzési eljáráson kívül hoznak meg; ezekhez tartozhatnak az azon előzetes kérdésről hozott határozatok is, hogy valamely meghatározott beszerzést közbeszerzési eljárás mellőzésével bonyolítanak le.

VI — A kvázi egységen belüli szerződés-odaítélésre vonatkozó kérdésekről (előzetes döntéshozatalra előterjesztett negyedik és ötödik kérdés)

49. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések második csoportja az úgynevezett kvázi egységen belüli szerződés-odaítélést érinti. Itt, mint ahogyan az osztrák kormány joggal kiemeli, az úgynevezett egységen belüli szerződés-odaítéléssel (saját ügylet) szemben az ajánlatkérőtől elkülönülő jogi személyiséggel rendelkező intézmény részére történő szerződés-odaítélésről van szó. Amennyiben ugyanis hiányzik a szolgáltatást nyújtó intézmény önálló jogi személyisége, nem lenne szerződés sem. Így hiányozna a közbeszerzési irányelvek értelmében vett szerződés egyik feltétele.

50. Jelen eljárás tárgya szigorúan véve a közbeszerzési irányelvek alkalmazásának előfeltételét képező „szerződés” fogalmának értelmezése. Itt a Bíróság Teckal-ügyben hozott ítéletéből kell kiindulni, amelyben meghatározott beszerzési műveleteket a közbeszerzési irányelvek hatálya alá nem tartozónak minősített.

51. Ezen ítélet szerint nem alkalmazandók a közbeszerzési irányelvek akkor, „ha a helyi önkormányzat a kérdéses személy felett

*olyan ellenőrzést gyakorol, mint amelyet saját szervei felett, és ha ez a személy tevékenységének lényeges részét az őt tulajdonában tartó önkormányzat vagy önkormányzatok részére végzi”*¹⁶.

52. Ezzel tehát a Bíróság két feltételt állított fel, amelyek mellett valamely beszerzési művelet nem tartozik a közbeszerzési irányelvek hatálya alá, a „szerződés” fogalmát teleológiai értelemben leszűkítette.

53. Ezen a helyen mindenekelőtt hangsúlyozni kell, hogy a Bíróság a közbeszerzési irányelvek alkalmazásának mellőzését kifejezetten kivételként határozta meg. Ezáltal azon általános alapelv érvényesül, hogy a kivételeket mindig szigorúan kell értelmezni. A mindkét feltételt érintő alábbi vizsgálat keretében ezt mint általános szabályt vesszük figyelembe.

54. Hangsúlyozni kell továbbá, hogy az olyan intézmények részére történő szerződés-odaítélések, amelyek maguk is ajánlatkérők, mint például egyes leányvállalatok – eltekintve a Teckal-ügyben megfogalmazott kivételtől és más kivételektől, mint például a 92/50 irányelv 6. cikke szerintiek –

általában a szerződés fogalmához tartoznak. A közbeszerzési irányelvek alkalmazandósága tehát főszabály marad¹⁷.

55. Továbbá emlékeztetni kell a kvázi egységen belüli műveletek, és ezáltal a Teckal-ügyben megfogalmazott kivétel eredetére, nevezetesen a szervezeten belüli műveletek, azaz az egységen belüli műveletek és más hasonló tényállások sajátos kezelésére.

56. Végül ebben az összefüggésben a közbeszerzési irányelvek célkitűzéseit is figyelembe kell venni, nevezetesen a piac megnyitását és a verseny biztosítását.

57. Ezek azok a tájékoztatósi pontok, amelyek szerepet játszanak a Teckal-ügyben megfogalmazott kivétel értelmezésénél.

58. Általában a következő három kvázi egységen belüli szerződés-odaítélési tényállás különböztethető meg: a saját tulajdonban álló társaságok (az ajánlatkérő vagy a hozzá tartozó intézmények 100%-os tulajdonában

¹⁶ — A fenti 2. lábjegyzetben hivatkozott C-107/98. sz. ügyben hozott ítélet 50. pontja (kiemelés tőlünk).

¹⁷ — A C-94/99. sz. ARGE Gewässerschutz-ügyben 2000. december 7-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-11037. o.) 40. pontja és a fenti 2. lábjegyzetben hivatkozott C-107/98. sz. ügyben hozott ítélet 50. pontja.

lévő társaságok), a köztulajdonban álló közös társaságok (olyan társaságok, amelyekben több ajánlatkérő is részesedéssel rendelkezik) és a vegyes tulajdonban álló gazdasági társaságok (olyan társaságok, amelyekben tényleges magánjogi jogalanyok is részesedéssel rendelkeznek) részére történő szerződés-odaítélések.

59. Az alapeljárás a Stadt Halle által közvetített „leányvállalat” részére tervezett szerződés-odaítélést érint, tehát olyan helyi önkormányzatát, amely kétségtől kívül ajánlatkérőnek minősül a közbeszerzési irányelvek értelmében. Jóllehet a Stadt Halle a „leányvállalatában” és ez utóbbi a saját leányvállalatában 100%-os részesedéssel rendelkezik, azonban ez utóbbi közvetített leányvállalat a maga „leányvállalatában” csak 75,1%-os részesedéssel bír. Az utóbbi közvetített „leányvállalatban” meglévő többi részesedés egy magánvállalkozás tulajdonában áll.

60. Jelen eljárás tehát úgynevezett vegyes tulajdonban álló gazdasági társaságot érint, azaz olyat, amelyben az ajánlatkérő többségi részesedéssel rendelkezik, és valamely ajánlatkérőnek nem minősülő személy szintén részesedéssel bír.

61. Eljárási okokból a következőkben csupán egy olyan tényállást elemzünk, mint amilyen az alapeljárás. Az alapeljárás konkrét körülményeire történő alkalmazás viszont a nemzeti bíró feladata marad¹⁸.

A — Első feltétel: olyan ellenőrzés, mint saját szervei felett

62. A kivétel alkalmazásának és a közbeszerzési irányelvek mellőzésének első feltétele az ajánlatkérő azon intézmény feletti ellenőrzésének a módját érinti, amely részére a szerződést oda kívánja ítélni. A Bíróság megköveteli, hogy a szerződést odaítélő ajánlatkérő „olyan ellenőrzést gyakoroljon, mint amelyet a saját szervei felett”.

63. A Bíróság tehát itt olyan mércéből indul ki, amelyet a közjogból merít. Mivel azonban az ellenőrzési feltétel ugyanúgy, mint a szerződés és az ajánlatkérő fogalma, funkcionálisan, és nem formálisan értendő, azzal nem ellentétes az ajánlatkérőnek a magánjogi jogi személyhez, mint esetünkben valamely korlátolt felelősségű társasághoz fűződő viszonyára történő alkalmazhatóság. A hivatali szervre történő hivatkozás inkább az önálló intézmények alapításának eredeti funkciójával magyarázható, nevezetesen a hivatali szervek kiszervezésével.

64. A más tényállásokra való alkalmazhatóság mellett szól az a körülmény is, hogy a Teckal-ügyben hozott ítélet olasz eljárási

18 — Lásd a C-310/01. sz., Comune di Udine és társai ügyben 2002. november 14-én hozott végzést (az EBHT-ban még nem tették közzé).

nyelvű változatából az következik, hogy a Bíróság csak hasonló („analogo”), azaz össze-hasonlítható, de nem azonos ellenőrzést követel meg¹⁹.

65. A többségi tulajdonos jogi helyzetének megítélése egyrészt a nemzeti jog vonatkozó rendelkezéseihez, jelen esetben tehát a korlátozott felelősségű társaságra vonatkozó társasági jogi szabályokhoz igazodik. Másrészt azokat a szabályokat is értékelni kell, amelyek ezt a viszonyt közelebbről meghatározzák, és ez általában a társasági szerződés. Ez annyit jelent, hogy nem elegendő az ellenőrzés alá tartozó intézményre választott jogi forma, esetleg a jogi személy típusának tisztán absztrakt megközelítése.

66. Így azonban a nemzeti, legtöbbször törvényi rendelkezésekben szabályozott előírásoknak csak korlátozott jelentőség jut. Ez különösen olyan rendelkezésekre érvényes, amelyek azt határozzák meg, hogy a kisebbségi tulajdonosok milyen feltételek esetében milyen jogokkal rendelkeznek. Lényegében olyan rendelkezésekről van szó, amelyek a társaság tagjainak meghatározott ellenőrzési és vétőjogait részesedésük nagyságától, például 10, 25 vagy több mint 50%-os részesedéstől teszik függővé.

67. Ilyen rendelkezések alapján inkább csak vélelmezni lehet azt, hogy milyen jogai vannak a kisebbségi tulajdonosnak. Az egyedi eset pontos kialakítása marad döntő. Ebben az összefüggésben a legfontosabb esetként az úgynevezett befolyásolási szerződést kell megnevezni, amely egy meghatározott tag részére – részesedésének mértékétől függetlenül – a törvényi minimumot meghaladó jogokat biztosít.

68. Mivel tehát nem a nemzeti jogi helyzet, hanem a jogviszony konkrét kialakítása a meghatározó, az ajánlatkérő, vagy éppen ellenkezőleg, a magánjogi kisebbségi tulajdonos részesedésének mértéke önmagában nem lehet döntő.

69. Ebből következik, hogy meghatározott százalékos arány alkalmazása akadály a megfelelő megoldásnak, amennyiben nem engedi meg a jogviszony konkrét kialakításának figyelembevételét, és kategorikusan kizárja az ellenőrzési feltétel alkalmazását azokban az esetekben, amelyek a százalékos feltételnek nem felelnek meg.

70. Mivel azonban azok az intézmények is teljesíthetik az ellenőrzési feltételt, amelyekben valamely magánjogi kisebbségi tulajdonos is részesedéssel rendelkezik, arra lehet következtetni, hogy a Teckal-ügyben felállí-

19 — Lásd ezzel szemben a fenti 17. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó, 2000. június 15-én ismertetett ítélet 66. pontját, ahol Léger főtanácsnok azt is megköveteli, hogy az ajánlatkérő, „aki átruházza a gazdasági szereplőre különböző szolgáltatások nyújtását, azonos [legyen] azzal az önkormányzattal, amely az utóbbit ellenőrzi”.

tott kivétel nem kizárólag a saját tulajdonban álló társaságokra érvényes, hanem a vegyes tulajdonban álló gazdasági társaságokra is. A magánvállalkozások bevonásának tehát főszabály szerint nincsen negatív hatása.

71. Ezen a helyen emlékeztetni kell arra, hogy Léger főtanácsnok a Teckal-ügyben felállított kivételt már 50,5%-os részesedésnél is alkalmazandónak tartotta²⁰.

72. A Bíróság részéről kimunkált ellenőrzési feltételhez mindenesetre többre van szükség, mint meghatározó befolyásra társasági jogi értelemben, vagy mint arra a befolyásra, amely ahhoz szükséges, hogy az egyes intézmények ajánlatkérőnek minősüljenek a közbeszerzési irányelvek vonatkozó 1. cikke értelmében. Éppígy kevésnek bizonyul a meghatározó befolyás a 93/38 irányelv 1. cikke (3) bekezdésének és 13. cikkének együttes olvasata értelmében. Ugyanis itt egyrészt úgynevezett ágazati szabályozásról van szó, amelynek az itt alkalmazandó irányelvben nincs megfelelője, másrészt olyan kivételes rendelkezésről van szó, amelyet általában szigorúan kell értelmezni.

73. Sem a közösségi jogalkotó, sem a Bíróság nem hivatkozott a közbeszerzési irányelvek rendelkezéseire az irányelvekben, illetve a Teckal-ügyben.

74. Az ellenőrzés itt megkövetelt szintje ezért nem a közbeszerzési irányelvek egyes rendelkezései alapján határozandó meg, és eltérést engedő jellege miatt az egyéb ilyen szabályozás követelményeit is meghaladja.

75. Az előzetes döntéshozatali eljárásban a nemzeti bíróság feladata egyrészt a nemzeti jogszabályok értelmezése, másrészt ezen és más rendelkezések alkalmazása a konkrét tényállásra. A kérdést előterjesztő bíróságnak ezért meg kell állapítania, hogy a „közvetett anya”, azaz a Stadt Halle milyen jogokkal rendelkezik „közvetett leányában”, az RPL-ben.

76. Az ellenőrzési feltétel alkalmazásánál a nemzeti bírónak az ellenőrzési jogosultságokból kell kiindulnia. Már a jogbiztonság okán sem meghatározó, hogy valójában gyakorolják-e, és hogyan gyakorolják az ellenőrzést, illetve az arra vonatkozó prognózis sem, hogy a többségi tulajdonos részesedését hogyan használja majd, azaz, hogy vajon hoz-e döntéseket a kisebbségi tulajdonossal szemben. Így tekintve a többségi tulajdonos esetleges bizalmi kötelezettségét is összefüggéseiben kell vizsgálni, különösen azért, mert a kisebbségi tulajdonos esetleges bizalmi kötelezettségét is figyelembe kell venni, amint arra a Stadt Halle hivatkozik.

20 — Léger főtanácsnok fenti 19. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ARGE Gewässerschutz- ügyre vonatkozó indítványának 60. pontja és a fenti 17. lábjegyzetben hivatkozott ítélet.

77. Ami az ellenőrzés tárgyát illeti, a Bíróság a Teckal-ügyben megfogalmazott kivételben nem tett megszorítást az ellenőrzött intézmény egyes döntéseire vonatkozóan. Tehát pusztán a közbeszerzési döntések ellenőrzése általában vagy a konkrét közbeszerzési döntés ellenőrzése ezért nem elegendő.

80. Ezt a feltételt annyiban általánosítani lehet, hogy egyrészt nem kizárólag a részesedés közvetlen tulajdonosait, hanem – mint esetünkben — a „közvetett anyákat”, azaz közvetett részesedéseket is figyelembe kell venni, másrészt a települési önkormányzatokon kívüli személyeket is magában foglalja.

78. Az „olyan ellenőrzést gyakorol, mint amelyet a saját szervei felett” feltételének megfogalmazásából és céljából kiindulva inkább átfogó ellenőrzés lehetősége a követelmény. Ennek pedig legalábbis nemcsak a stratégiai piaci döntésekre kell korlátozódnia, hanem az ügyvezetés egyedi döntéseit is magában kell foglalnia. Jelen előzetes döntéshozatali eljárásban nem szükséges további részletekbe bocsátkoznunk, mivel az alapeljárás tárgyát képező jogvita megoldása ezt nem igényli.

81. A Teckal-ügyben felállított feltétel tehát az ellenőrzött intézmény összes tevékenységének meghatározott minimális részére vonatkozik. Tehát az összes tevékenység és a részesedés tulajdonosa részére tág értelemben végzett tevékenység vizsgálatáról van szó.

B — Második feltétel: a tevékenység lényeges részének a részesedéssel rendelkező tulajdonos javára való végzése

79. A második feltétel, amelynek fenn kell állnia ahhoz, hogy a Teckal-ügyben megfogalmazott kivétel érvényesüljön, az ellenőrzött intézmény tevékenységi körére vonatkozik. Az ítélet megfelelő pontjának szövege szerint a kivétel kizárólag akkor érvényesül, ha ez az intézmény „tevékenységének lényeges részét az őt tulajdonában tartó önkormányzat vagy önkormányzatok javára végzi”.

82. Ebben az összefüggésben azonban utalni kell arra, hogy abból a körülményből, hogy a részesedés tulajdonosának fogalmát nem kell túl megszorítóan értelmezni, mindenesetre nem lehet arra a következtetésre jutni, hogy harmadik személyek részére végzett olyan tevékenységeket is ide kell érteni, amelyeket egyébként a részesedés tulajdonosának magának kellene elvégeznie. Ez a gyakorlatban az alapellátást és ismételten a településeket (települési önkormányzatokat) érinti, amelyek meghatározott személyek részére meghatározott közszolgáltatások nyújtására kötelesek. Ez az általános kérdés nem tárgya jelen előzetes döntéshozatali eljárásnak, mivel a kérdést előterjesztő bíróságnak nincs szüksége erre a válasza az előtte folyamatban lévő jogvita megoldásához.

83. Tisztáznunk kell továbbá, hogy a ténylegesen végzett tevékenységeket kell számításba venni, és nem a jogszabály vagy a társasági alapító okirat alapján lehetségeseket, vagy az olyanokat, amelyek végzésére az ellenőrzött intézmény köteles.

84. A központi kérdés tehát az, hogy mely részesedéstől érik el a Teckal-ügyben megfogalmazott kivétel küszöbértékét. Erre vonatkozóan több felfogás is ismert. Ezek a több mint 50%-tól az „említésre méltó mértéken”, az „egészen túlnyomón” és a „közel kizárólagosan” keresztül a „kizárólagosig” terjednek.

85. Itt nem kizárólag pozitív megközelítést képviselünk abban az értelemben, hogy meg kell határozni a részesedés tulajdonosa részére végzett tevékenység terjedelmét, hanem egy negatívát is. A negatív megközelítés szerint abból kellene kiindulni, hogy mekkora a részesedés tulajdonosán kívüli személyek részére végzett tevékenység aránya. Jelen eljárás mellett ez utóbbi felfogás található meg Léger főtanácsnok indítványában, amelyre az eljárásban részt vevő több fél is hivatkozott. Álláspontja szerint „az irányelv akkor alkalmazandó, ha ez az intézmény tevékenységének lényeges részét más gazdasági szereplők vagy más önkormányzatok részére végzi, mint amelyek ezt az ajánlattevőt alkotják”²¹. A Teckal-ügyben megfogalmazott kivételben választott pozitív megközelítésre tekintettel itt mindenesetre nem kell tovább vizsgálnunk a negatív megközelítést.

86. Léger főtanácsnok indítványának hivatkozott pontjában azonban kifejezésre jut egy másik fontos szempont, amelyet figyelembe kell venni a részesedés meghatározása során.

87. Így az a kérdés vetődik fel, hogy vajon a Teckal-ügyben megfogalmazott kivétel csak mennyiségi szemléletmódot enged-e meg, vagy minőségi körülményeket is figyelembe kell venni. Ez utóbbi mellett szól a kivétel szövege és értelme, amely nem tartalmaz utalást arra vonatkozóan, hogy hogyan kell értékelni a tevékenységeket. A Teckal-ügyben hozott ítélet megfelelő pontjának hiteles szövege, azaz az olasz nyelvű változat sem zárja ki a járulékos vagy másodlagos minőségi szemléletmódot („la parte più importante della propria attività”).

88. Egyébiránt a Teckal-ügyben megfogalmazott kivétel egyáltalán nem tartalmaz utalást a részesedés számítási módszerére. Az tehát, hogy ez egyedül a forgalomtól függ, nem magától értetődő.

89. A nemzeti bíróságnak tehát a „tevékenység lényeges részét” mennyiségi és minőségi körülmények alapján kell megállapítania. Egyébiránt az ellenőrzött intézmény piaci helyzete is szerepet játszhatna, azaz különösen az esetleges versenytársakhoz viszonyított helyzete.

21 — Léger főtanácsnok fenti 19. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó indítványának 93. pontja (a fenti 17. lábjegyzetben hivatkozott ítélet), a kiemelés tőlünk.

90. Tekintettel Léger főtanácsnok indítványára, amelyre az eljárásban résztvevő több fél a Teckal-ügyben megfogalmazott második feltétellel kapcsolatban hivatkozott, még arra kell emlékeztetni, hogy az indítványok a főtanácsnok által választott eredeti nyelven hitelesek.

91. Ebből az alapelvből kiindulva Léger főtanácsnok indítványa a következő képet mutatja: egyrészt a teljesített szolgáltatással kapcsolatban a „quasi-exklusivité”-re (kvázi kizárólagosság) hivatkozik, amely a német szövegváltozatban „sämtliche Dienstleistungen” (összes szolgáltatás)²². Másrészt a Teckal-ügyben megfogalmazott kivétel olasz eljárási nyelvű szövegére támaszkodik, és „en grande partie”-ről (nagy részben), ami a német szövegváltozatban „im Wesentlichen”²³ (lényegében, lényeges részében) megfogalmazással szerepel, vagy a „la plus grande partie de leur activité”-ről („den größten Teil ihrer Tätigkeit”, tevékenységének legnagyobb része) beszél²⁴.

92. Az eljárásban részt vevő több fél javasolta, hogy a pontosabb meghatározás érdekében a lényeges rész feltételét olyan jogszabály alapján értelmezzék, amely az ajánlatkérőhöz kapcsolódó vállalkozások részére történő szerződés-odaítélés lebonyolítására

vonatkozik. A 93/38 irányelv 13. cikkének 80%-os feltételéről van szó. Ennek indokolásaként arra hivatkoztak, hogy ez a feltétel „objektív” és „megfelelő”.

93. Itt meg kell jegyezni, hogy egy másik rögzített százalékos arány is objektív és megfelelő lehetne. De éppen a rögzített százalékos arány merevsége képezheti a megfelelő megoldás akadályát. Ráadásul ez nem engedi meg minőségi elemek figyelembevételét.

94. A 80%-os feltétel alkalmazhatósága ellen szól az a körülmény, hogy kizárólag meghatározott ágazatokra vonatkozó irányelv kivételes rendelkezéséről van szó. Az ott rögzített mérték a közösségi jogalkotó szándéka szerint csak ezen irányelv keretében érvényes. Abban a kérdésben, hogy alkalmazható-e a gyakorlatban ez az alapgondolat az ágazatokon kívül is, az a döntő, hogy nincs ilyen szabályozás az esetünkben alkalmazandó irányelvben.

95. A 93/38 irányelv 13. cikkére való hivatkozás ellen szól továbbá még egy ok. E cikk (2) bekezdése arra kötelezi az ajánlatkérőket, hogy a Bizottságot kérésére tájékoztassák meghatározott adatokról. Ez a rendelkezés a 13. cikkben szabályozott kivétel eljárásjogi ellentételezése. A Teckal-ügyben megfogalmazott kivételnél a Bíróság azonban más utat választott. Megelégedett az ott felállított két anyagi természetű feltétellel. Azonban ezeket a feltételeket éppen a hasonló eljárásjogi szabályozás hiánya miatt szigorúan kell értelmezni.

22 — Léger főtanácsnok fenti 19. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó indítványának 74. pontja (a fenti 17. lábjegyzetben hivatkozott ítélet).

23 — Léger főtanácsnok fenti 19. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó indítványának 81. pontja (a fenti 17. lábjegyzetben hivatkozott ítélet).

24 — Léger főtanácsnok fenti 19. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó indítványának 83. pontja (a fenti 17. lábjegyzetben hivatkozott ítélet).

VII — Véggövetkeztetések

96. A fentiek alapján a Bíróságnak azt javaslom, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdéseket az alábbiak szerint válaszolja meg:

1. Az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésével kapcsolatos jogorvoslati eljárás alkalmazására vonatkozó törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezések összehangolásáról szóló, 1989. december 21-i 89/665/EGK tanácsi irányelv 1. cikkének (1) bekezdését úgy kell értelmezni, hogy a tagállamoknak hatékony és a lehető leggyorsabb jogorvoslat lehetőségét kell biztosítaniuk az ajánlatkérők egyes olyan határozataival szemben, amelyeket közbeszerzési eljáráson kívül hoznak, de összefüggésben vannak valamely beszerzési művelettel; ezekhez tartozhatnak az azon előzetes kérdésről hozott határozatok is, hogy valamely meghatározott beszerzést közbeszerzési eljárás mellőzésével bonyolítanak le.
2. A szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelvet úgy kell értelmezni, hogy önmagában nem zárja ki ezen irányelv alkalmazásának mellőzését valamely olyan magánvállalkozás társasági jogi részesedése az ajánlatkérővel szerződő félben, amelyben az ajánlatkérő közvetlenül vagy közvetve részesedéssel rendelkezik.
3. Az, hogy a szerződő fél, amelyben magánszemély társasági jogi részesedéssel rendelkezik (a továbbiakban: közszektor részvételével működő társaság), az ajánlatkérő közigazgatási szervezetéhez vagy szerveihez tartozónak tekintendő-e, a jogviszony konkrét kialakításától függ, ahol a részesedés nagysága önmagában nem döntő jelentőségű.

Ehhez nem elegendő

- az ajánlatkérő meghatározó befolyása a közszektor részvételével működő társaságban a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/38/EGK tanácsi irányelv 1. cikkének (2) bekezdése és 13. cikkének (1) bekezdése értelmében;
 - olyan jelentős terjedelmű utasítási jog, amely kizárólag a közbeszerzési döntéseket illetően általában, vagy a konkrét beszerzési művelet tekintetében áll fenn.
4. Ahhoz, hogy a közszektor részvételével működő társaság az ajánlatkérőhöz kapcsolt vállalkozásnak minősüljön abból a szempontból, hogy „tevékenységének lényeges részét az ajánlatkérő javára végzi”, a 93/38/EGK irányelv 13. cikkével ellentétben nem abból kell kiindulni, hogy vajon e vállalkozásnak a szolgáltatási ágazatban a megelőző három évre vonatkozó, Közösségen belüli átlagos forgalmának legalább 80%-a az ajánlatkérőnek vagy a hozzá kapcsolt, illetve hozzá tartozó vállalkozásoknak nyújtott szolgáltatásokból származik, vagy – amennyiben a vegyes tulajdonban álló vállalkozás még nem működik három éve — ha az előrejelzések alapján arra lehet számítani, hogy az eléri a 80%-os küszöböt.

Az ajánlatkérőhöz fűződő kapcsolat megítélése során a nemzeti bíróságnak inkább a valós tevékenységekből kell kiindulnia, különösen figyelembe véve a mennyiségi, valamint minőségi körülményeket.