PAOLO MENGOZZI
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2009. november 17.[1]

1. A jelen ügy, amely az Oberlandesgericht Düsseldorf által előzetes döntéshozatalra előterjesztett számos kérdésből ered, alkalmat ad a Bíróságnak arra, hogy ismételten visszatérjen az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések és a közhatalom által gyakorolt településfejlesztési tevékenység közötti különbség kérdésköréhez.

2. Annak az ügynek a középpontjában, amelyben az előzetes döntéshozatal iránti kérelmet előterjesztő bíróságnak döntést kell hoznia, egészen pontosan egy földterület közigazgatási szerv általi, magánszemély részére történő értékesítése áll. Az ilyen tényállás jellemzően az állami támogatás lehetséges fennállásának kérdését[2] veti fel. A jelen ügyben azonban úgy tűnik, nem merülnek fel ehhez hasonló aggályok. Az ügy sajátossága abban áll, hogy a közigazgatási szerv a terület azon ajánlattevő részére történő értékesítéséről döntött, aki a szóban forgó területtel kapcsolatosan olyan területhasznosítási és építési terveket nyújtott be, amelyeket a területrendezésre hatáskörrel rendelkező helyi önkormányzat figyelemreméltóbbnak és érdemesebbnek tartott. A kérdést előterjesztő bíróság azt szeretné megtudni, hogy ilyen összefüggésben alkalmazandók-e a közbeszerzési szerződésekre, különösen pedig az építési koncessziókra vonatkozó jogszabályok.

I – Jogi háttér

3. A rendelkezéseket, amelyekre nézve a Bíróság döntését kérik, a 2004/18/EK irányelv[3] (a továbbiakban: irányelv) tartalmazza.

1 – Eredeti nyelv: olasz.

2 – Az állam feltételezett támogatása olyankor mutatkozik meg, amint az nyilvánvaló, amikor a közvagyon értékesítése a piacinál alacsonyabb áron történik. Lásd ezzel kapcsolatban különösen a hatóságok általi földterület- és épületértékesítés állami támogatási elemeiről szóló bizottsági közleményt (HL 1997. C 209., 3. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 1. kötet, 143. o.).

3 – Az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 134., 114. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 132. o.).

4. Az irányelv 1. cikke a következőképpen rendelkezik:

„(1) Ezen irányelv alkalmazásában a (2)–(15) bekezdésben megállapított fogalommeghatározásokat kell alkalmazni.

(2) a) »közbeszerzési szerződés«: egy vagy több gazdasági szereplő és egy vagy több ajánlatkérő szerv által írásban megkötött visszterhes szerződés, amelynek tárgya az ezen irányelv szerinti építési beruházás kivitelezése, vagy áru szállítása, vagy szolgáltatás nyújtása.

b) »építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés«: olyan közbeszerzési szerződés, amelynek tárgya az I. melléklet szerinti tevékenységek valamelyikéhez kapcsolódó építési projekt vagy egy építmény kivitelezése, illetve kivitelezése és tervezése együtt, vagy az ajánlatkérő szerv által megállapított követelményeknek megfelelő építmény bármilyen eszközzel, illetve módon történő kivitelezése. Az »építmény« magas- vagy mélyépítési munkálatok olyan összességében vett eredményét jelenti, amely önmagában alkalmas valamely gazdasági vagy műszaki funkció betöltésére.

[...]

(3) »Építési koncesszió«: az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződéssel azonos típusú szerződés, kivéve azt a jellemzőjét, hogy a kivitelezendő építési beruházás ellenszolgáltatása vagy kizárólag az építmény hasznosításának joga, vagy e jog pénzbeli ellenszolgáltatással együtt.

”

II – A tényállás, az alapeljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések

5. A Bundesanstalt für Immobilienaufgaben (a köztulajdonú ingatlan javakat kezelő szövetségi hivatal, a továbbiakban: Bundesanstalt) 2006 októberében újságokban és interneten megjelenő hirdetésekben közzétette, hogy értékesíteni kíván egy, Wildeshausen önkormányzata területén lévő, mintegy 24 hektáros területet. A területen többek között egy laktanya volt, amelyet 2007 eleje óta nem használtak.

6. A közzétett hirdetésben a Bundesanstalt kikötötte, hogy a terület hasznosítási módjáról meg kell egyezni Wildeshausen önkormányzatával.

7. A Bundesanstalt által beszerzett szakvélemény szerint a terület értéke 2007 májusában 2,33 millió euró volt.

8. A Helmut Müller GmbH társaság (a továbbiakban: Helmut Müller) már 2006 novemberében vételi ajánlatot tett az ingatlanra 4 millió eurós vételáron, azzal a feltétellel azonban, hogy a területrendezésre az ő hasznosítási tervei alapján kerül sor. Ennek az ajánlatnak azonban semmilyen további következménye nem volt.

9. 2007 januárjában a Bundesanstalt újabb ajánlatot kért a lehetséges érdekeltektől a területre, előzetesen meghatározott területrendezési tervek nélkül. Ebben az összefüggésben a Helmut Müller 1 millió eurós vételi ajánlatot tett. Egy másik társaság, a Gut Spascher Sand Immobilien GmbH (a továbbiakban: GSSI) ellenben 2,5 millió eurós ajánlatot tett.

10. Ezt követően Wildeshausen önkormányzata arra kérte az ajánlattevőket, hogy mutassák be a terület hasznosítására vonatkozó terveiket. Az önkormányzat meg is tárgyalta ezeket a terveket a Bundesanstalt jelenlétében. 2007. május 24-én Wildeshausen önkormányzatának képviselőtestülete a GSSI tervét részesítette előnyben, és kinyilvánította, hogy ennek alapján kész elindítani a területre vonatkozó beépítési terv elkészítéséhez szükséges eljárást. A képviselőtestület mindazonáltal hangsúlyozta döntésében, hogy ezen hajlandósága nem tekinthető az önkormányzat településrendezési hatáskörére nézve kötöttségnek, mivel azt a képviselőtestület továbbra is szabadon kívánja gyakorolni.

11. 2007. június 6-án a Bundesanstalt eladta a területet a GSSI-nek. Az adásvételi szerződés nem tartalmaz semmilyen utalást az átruházott terület jövőbeni hasznosítására nézve.

12. A Helmut Müller megtámadta a terület eladását a nemzeti bíróság előtt, főként arra hivatkozva, hogy ezen adásvételnek a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó jogszabályok alapján kellett volna megtörténnie.

13. A jogvitában eljáró bíróság a következő kérdéseket terjesztette elő előzetes döntéshozatalra:

„1) Feltételezi-e a 2004/18/EK irányelv 1. cikke (2) bekezdésének b) pontja szerinti építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés konstitutív jelleggel azt, hogy az építési munkát tárgyi vagy fizikai értelemben az ajánlatkérő szerv

számára szerzik be, és az közvetlenül neki van gazdaságilag a hasznára?

2) Amennyiben az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésnek a 2004/18/EK irányelv 1. cikke (2) bekezdésének b) pontjában szereplő fogalommeghatározása alapján a beszerzés elemétől nem lehet eltekinteni: a rendelkezés második fordulata alapján feltételezni kell-e a beszerzést akkor, ha az építési beruházásnak az ajánlatkérő szerv számára egy meghatározott közérdekű célt kell szolgálnia (például ha az egy önkormányzati területrész városfejlesztését célozza) és az ajánlatkérő szerv a szerződés alapján rendelkezik azzal a jogi felhatalmazással, amely biztosítja, hogy a közérdekű célt elérjék, és az építészeti mű ehhez a jövőben rendelkezésre álljon?

3) Megkívánja-e az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésnek a 2004/18/EK irányelv 1. cikke (2) bekezdése b) pontjának első és második fordulata értelmében vett fogalma, hogy a vállalkozó közvetlenül vagy közvetetten köteles legyen az építési munkák elvégzésére? Adott esetben peresíthető kötelezettségről kell-e, hogy szó legyen?

4) Megkívánja-e az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésnek a 2004/18/EK irányelv 1. cikke (2) bekezdése b) pontjának harmadik fordulata értelmében vett fogalma, hogy a vállalkozó köteles legyen építési munkák elvégzésére, vagy hogy ilyenek képezzék a szerződés tárgyát?

5) A 2004/18/EK irányelv 1. cikke (2) bekezdése b) pontjának harmadik fordulata szerinti építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalmába tartoznak-e az olyan szerződések, amelyekkel az ajánlatkérő által meghatározott követelmények alapján biztosítani kell, hogy a létrehozandó építészeti mű egy meghatározott közérdekű célt szolgáljon, és amelyekkel az ajánlatkérő (a szerződéses megállapodás alapján) egyúttal olyan jogi felhatalmazást kap, amellyel (közvetetten saját érdekében) az építészeti műnek a közérdekű cél érdekében történő rendelkezésre állását biztosíthatja?

6) Kimeríti-e az »ajánlatkérő szerv által megállapított követelményeknek« a 2004/18/EK irányelv 1. cikke (2) bekezdése b) pontjában meghatározott fogalmát, ha az építési munkákat az ajánlatkérő által ellenőrzött és jóváhagyott tervek alapján kell elvégezni?

7) Ki kell-e zárni a 2004/18/EK irányelv 1. cikkének (3) bekezdése alapján az

építési koncessziót, ha a koncessziós jogosult a tulajdonosa annak az ingatlannak, amelyen az építészeti művet fel kell építeni, az felépült, vagy fel fog épülni, vagy ha az építési koncessziót határozatlan időre biztosítják?

8) Akkor is alkalmazni kell-e a 2004/18/EK irányelvet – azzal a jogkövetkezménnyel, hogy az ajánlatkérő szervet pályázatkiírási kötelezettség terheli –, amikor eltérő időben kerül sor egy ingatlan harmadik személy általi eladására és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés odaítélésére, és az ingatlanügylet megkötésekor még nem ítélték oda az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződést, de ez utóbbi időpontban az ajánlatkérő szerv részéről már megvolt az a szándék, hogy egy ilyen szerződést odaítéljen?

9) Az ingatlan-adásvételre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésre vonatkozó, egymástól elkülönülő, azonban összefüggő ügyleteket közbeszerzési jogi szempontból egységként kell-e értékelni, ha az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés odaítélésére irányuló szándék az ingatlan-adásvételi szerződés megkötésének időpontjában már fennállt, és az érintettek tárgyi – és adott esetben időbeli – szempontból tudatosan szoros kapcsolatot hoztak létre a szerződések között (kapcsolódva a Bíróság C-29/04. sz. Stadt Mödling ügyben 2005. november 10-én hozott ítéletéhez)?"

III – Előzetes megállapítások

A – *A kérdést előterjesztő bíróság ítélkezési gyakorlata*

14. A bíróság által előterjesztett kérdések megértéséhez szükség van némi magyarázatra. Mindenekelőtt arra kell figyelmet fordítani, hogy maga a nemzeti igazságszolgáltatás miként világít rá saját végzésében, hogy a jelen kérdést előterjesztő bíróság (Oberlandesgericht Düsseldorf) ítélkezési gyakorlata olyan elemeket tartalmaz, amelyek ezen ítélkezési gyakorlatot szembeállítják a közbeszerzési szerződések jogára vonatkozó ítélkezési gyakorlat és elmélet jelentős részével.

15. A kérdést előterjesztő bíróság álláspontja ugyanis abból az előfeltevésből indul ki, hogy valamely eljárás lényegében településfejlesztési jellege főszabály szerint nem zárja ki a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi jogszabályok alkalmazását. Ezzel összefüggésben a nemzeti bíróság a Bíróság Ordine degli Architetti és társai ügyben,[4] valamint a Bizottság kontra Franciaország ügyben[5] hozott ítéletére hivatkozik.

16. Másrészt, a kérdést előterjesztő bíróság az Auroux és társai ügyben[6] hozott ítéletből ere-

4 – A Bíróság C-399/98. sz., Ordine degli Architetti és társai ügyben 2001. július 12-én hozott ítélete (EBHT 2001., I-5409. o.).

5 – A Bíróság C-264/03. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2005. október 20-án hozott ítélete (EBHT 2005., I-8831. o.).

6 – A Bíróság C-220/05. sz., Auroux és társai ügyben 2007. január 18-án hozott ítélete (EBHT 2007., I-385. o.).

dezteti azt az elvet, miszerint a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi jogszabályok alkalmazása teljes mértékben független attól a ténytől, hogy az ajánlatkérő szerv tulajdont kíván-e szerezni a megépítendő építményeken, vagy csupán birtokolni és hasznosítani kívánja azokat. Más szóval, a szerződésekre alkalmazni kell a közösségi szabályozást, függetlenül attól, hogy megtalálható-e bennük a javak ajánlatkérő szerv általi fizikai megszerzésének eleme. Az ajánlatkérő szerv által elérni kívánt előny ugyanis sajátosan immateriális természetű is lehet, állhat például – mint a jelen esetben – önkormányzati területrészek meghatározott célok szerinti városfejlesztésének megvalósításából.[7]

17. Az alapügy tárgyát képező helyzetet a hivatkozott ítélkezési gyakorlat alapján a következőképpen értelmezi a kérdést előterjesztő bíróság. A GSSI társaság építési koncessziót[8] kapott, amelyre alkalmazni kellett volna a közösségi jog vonatkozó szabályait.[9] Az a tény, hogy a GSSI társaság tulajdonjogot szerez az érintett javak felett, akkor nem mondana ellent ennek az értelmezésnek, ha az irányelv által meghatározott koncesszió fogalma nem zárná ki sem a határozatlan időtartamú szerződést, sem azt, hogy a koncessziós jogosult a koncesszió tárgyára vonatkozó tulajdonjogot szerezzen.

18. Az a tény, hogy Wildeshausen önkormányzata – jóllehet kinyilvánította, hogy inkább a GSSI társaság által készített településfejlesztési terveket részesíti előnyben – nem kötelezte el magát jogilag e tervek jóváhagyása mellett, a kérdést előterjesztő bíróság szerint nem teszi kétségessé az esetről alkotott saját értelmezését. A nemzeti bíróság különösképpen a Bíróságnak a Bizottság kontra Ausztria ügyben (úgynevezett „Mödling”-ügy)[10] hozott ítéletére hivatkozva állítja, hogy előfordulhat, hogy egy olyan eseményt, amely időben ugyan követi az odaítélést, ám az odaítélés céljait tekintve ténylegesen meghatározó jellegű, a tényállás jogi megítélése céljából figyelembe kell venni. Ellenkező esetben a közösségi jog rendelkezé-

7 – A kérelem benyújtását követően egyébként a német törvényt a szerződések jogának korszerűsítéséről szóló, 2009. április 20-i törvénnyel (Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BGBl. I. 790 o.) módosították, amely módosította a GWB (német versenyfelügyeleti törvény) 99. §-át, előírva többek között azt, hogy az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés harmadik fordulatának szükséges eleme az, hogy az ajánlatkérő szerv közvetlen gazdasági előnyre tegyen szert. Lásd a jelen indítvány 35. pontját.

8 – Nem egészen világos mindazonáltal, hogy ki lenne az az alany, aki ilyen koncessziót ad az adott cégnek. Magának a Bizottságnak, amely ebben a kérdésben meglehetős nyitottságot tanúsított a kérdést előterjesztő bíróság álláspontja iránt, el kellett ismernie a tárgyaláson, hogy jelen esetben mind a Bundesanstalt, mind pedig Wildeshausen önkormányzata tipikusan erre a szerepre utaló jellegzetességeket mutat, így nem ismerhető fel sem egyikük, sem másikuk elsőbbsége.

9 – Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem alapján nincsenek kétségek afelől, hogy a jelen ügyben jelentősen meghaladják az irányelv alkalmazása szempontjából előírt küszöbértékeket. Valójában attól a pillanattól kezdve, hogy a földterület értéke önmagában nem haladja meg a küszöbértéket, a nemzeti bíróság érvelése kétségtelenül a feltételezések sávjába tolódik. Másrészről viszont, figyelembe véve azt az állandó ítélkezési gyakorlatot, amely szerint elsősorban a nemzeti bíróság feladata a kérdések ahhoz való szükségességének megítélése, hogy a jogvitában döntést hozzon, úgy vélem, a Bíróságnak meg kell válaszolnia jelen ügyben az Oberlandesgericht Düsseldorf által felvetett kérdéseket. Lásd ehhez például a Bíróság C-415/93. sz. Bosman-ügyben 1995. december 15-én hozott ítéletének (EBHT 1995., I-4921. o.) 61. pontját; a C-355/97. sz., Beck és Bergdorf ügyben 2007. június 7-én hozott ítéletének (EBHT 2007., I-4977. o.) 22. pontját; a C-222/05. és C-225/05. sz., Van der Weerd és társai egyesített ügyekben 2007. június 7-én hozott ítéletének (EBHT 2007., I-4233. o.) 22. pontját és a C-500/06. sz. Corporación Dermoestética ügyben 2008. július 17-én hozott ítéletének (EBHT 2008., I-5785. o.) 23. pontját.

10 – A Bíróság C-29/04. sz., Bizottság kontra Ausztria ügyben 2005. november 10-én hozott ítélete (EBHT 2005., I-9705. o.).

seinek hatékony érvényesülése könnyűszerrel sérülhet.

19. Ahogyan arra már korábban is utaltam, maga a kérdést előterjesztő bíróság is elismeri, hogy a közösségi jog jelen ügyre vonatkozó rendelkezéseiről alkotott értelmezése igencsak távol áll attól, hogy egyhangúlag elfogadják. Előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdéseivel tehát az Oberlandesgericht Düsseldorf lényegében azt kérdezi a Bíróságtól, hogy értelmezése helyes-e vagy sem.

B – *Az irányelv 1. cikkének különböző nyelvi változatai közti eltérések*

20. Az irányelv 1. cikke a különböző nyelvű változatok[11] többségében három különböző típusú „építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződést" különít el. Nevezetesen az alábbiakról van szó:

– az irányelv I. melléklet szerinti tevékenységek valamelyikéhez kapcsolódó építési *projekt*[12] kivitelezése, illetve kivitelezése és tervezése együtt (első fordulat);

– egy *építmény*[13] kivitelezése, illetve kivitelezése és tervezése együtt, (második fordulat);

– az ajánlatkérő szerv által megállapított követelményeknek megfelelő *építmény*[14] bármilyen eszközzel, illetve módon történő kivitelezése (harmadik fordulat).

21. Az irányelv közvetlenül ez után rögzíti, hogy „építmény"[15] alatt olyan „magas- vagy mélyépítési munkálatok olyan összességében vett eredményét" érti, „amely önmagában alkalmas valamely gazdasági vagy műszaki funkció betöltésére".

22. Rögtön szembetűnik, hogy az irányelv különböző nyelvű változatai bizonyos nem elhanyagolható eltéréseket mutatnak.

23. A különbségek mindenekelőtt abból adódnak, hogy az említett három fordulaton belüli terminológia használata nem mindig

11 – Azonban nem minden nyelvben: például az említett második fordulatnak nincs portugál nyelvű megfelelője.

12 – Németül: „von Bauvorhaben"; angolul: „of works"; franciául: „de travaux"; spanyolul: „de obras"; hollandul: „van werken"; portugálul: „de trabalhos"; görögül: „εργασιών".

13 – Németül: „eines Bauwerks"; angolul: „a work"; franciául: „d'un ouvrage"; spanyolul: „de una obra"; hollandul: „van een werk"; görögül: „ενός έργου".

14 – Németül: „einer Bauleistung"; angolul: „of a work"; franciául: „d'un ouvrage"; spanyolul: „de una obra"; hollandul: „van een werk"; portugálul: „de uma obra"; görögül: „ενός έργου".

15 – Németül: „Bauwerk"; angolul: „work"; franciául: „ouvrage"; spanyolul: „obra"; hollandul: „werk"; portugálul: „obra"; görögül: „έργο".

következetes, ami különösképpen akkor válik nyilvánvalóvá, ha megvizsgáljuk a különböző nyelvek által használt fogalmakat, ahogy az a szóban forgó fordulatokhoz tartozó lábjegyzetekben nyomon követhető.

24. A fentiek mellett a német változat további két jelentős eltérést mutat. Mindenekelőtt a harmadik fordulat kiköti, hogy a fent leírt tevékenység kivitelezésének „harmadik személy által" (durch Dritte) kell történnie: ez a fajta pontosítás hiányzik az egyéb nyelvű változatokból.[16] Másodsorban, a tevékenységet a harmadik fordulatban nem „építményként" (Bauwerk) említi, hanem „építési tevékenységként" (Bauleistung), ami azzal a következménnyel jár, hogy az „építmény" ezt követő meghatározása a német szövegben csupán a második fordulatra tűnik alkalmazhatónak, a harmadikra nem.[17]

16 – Megjegyzem azonban, hogy – ahogyan arra különösképpen az osztrák kormány felhívta a figyelmet a tárgyaláson – konkrét esetben a német szöveg a benne lévő pontosítás révén nemhogy a többitől eltérő lesz, hanem egyszerűen „specifikusabb", mint az egyéb nyelvű változatok. Figyelembe véve tehát a vizsgált rendelkezés szerkezetét, nehéznek tűnik – akár az egyéb nyelvű változatokra történő utalásokkal is – olyan, a harmadik fordulat alá tartozó tényállást körülírni, amelyben az építmények megvalósítása nem valamely „harmadik személy" által történik. Mindenképpen emlékezni kell arra, hogy az állandó ítélkezési gyakorlat szerint egy közösségi rendelkezés bármely nyelvű változatának a többitől eltérő megfogalmazása nem szolgálhat e rendelkezés értelmezésének kizárólagos alapjául, illetve e tekintetben nem élvezhet elsőbbséget az egyéb nyelvű változatokkal szemben. Lásd ehhez például a C-372/88. sz., Cricket St. Thomas ügyben 1990. március 27-én hozott ítélet (EBHT 1990., I-1345. o.) 18. pontját és a C-455/05. sz., Velvet & Steel Immobilien ügyben 2007. április 19-én hozott ítélet (EBHT 2007., I-3225. o.) 19. pontját.

17 – A német szövegben lévő e sajátosságok gyökere már az 1989. július 18-i 89/440/EGK tanácsi irányelvben is megjelenik, amely módosította az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló 71/305/EGK tanácsi irányelvet (HL L 210., 1. o.). A 89/440/EGK tanácsi irányelv vezette be elsőként a közösségi jogalkalmazásba a „háromoldalú" építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés jelenlegi fogalmát.

25. Az imént említett szövegezési problémák fennállása kifejezetten ellene szól annak, hogy a rendelkezések „helyes" értelmezését szűk értelemben vett szó szerinti elemzés alapján keressük, főleg nem egyetlen adott nyelvű változatra szorítkozva. Valójában csak a rendszertani és a teleologikus értelmezés képes arra – helyes mértékben alkalmazott logikus értelmezési készséggel együttesen –, hogy a rendelkezés valódi értelméhez vezessen.

IV – Jogi elemzés

A – *Előzetes megjegyzés: az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalma*

26. Ahhoz, hogy a lehető legteljesebb választ adhassuk az előterjesztő bíróság által felvetett kérdésekre, elsőként meg kell határozni az építési beruházásra irányuló szerződés lényegi jellemzőit.

27. Nem árt rögtön leszögezni, hogy olyan fogalomról van szó, amely kizárólagosan a közösségi jog hatálya alá tartozik, azaz valamely tényállásnak egy tagállam nemzeti

joga alapján történő minősítése nem köti a Bíróságot.[18]

28. Ami a szerződés tárgyát illeti, a 2004/18/EK irányelv – mint azt a fentiekben láttuk – három alapvető típust különít el. Összességében mindazonáltal elmondható, hogy a hivatkozott irányelv 1. cikke értelmében az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalmába egyrészt olyan meghatározott munkafolyamatok tartoznak, amelyek visszavezethetők az irányelv I. mellékletében felsoroltak valamelyikére, másrészt az építmények kivitelezése. Más szavakkal, a fogalom magában foglalja mind az építési tevékenységet – függetlenül attól, hogy az építési munkálatok eredményeként létrejövő dolog természetét tekintve meghatározott és/vagy befejezett-e –, mind a meghatározott „befejezett" javak – esetlegesen harmadik fél által végzett – megvalósításának tevékenységét. Ezen javakat, amelyek „befejezett" természete úgy ismerhető fel az irányelv alapján, hogy önmagukban is képesek „gazdasági vagy műszaki funkció" betöltésére; általában „építménynek" nevezzük.

29. Tekintettel az egyes értékelendő helyzetekre, az, hogy a 2004/18/EK irányelv hatálya alá tartoznak-e vagy sem, természetesen esetről esetre külön vizsgálandó. Számomra mindenesetre úgy tűnik, hogy az irányelv 1. cikke különböző nyelvű változatainak többségében jelenlévő hármas tagolás helyett, – ahogy azt az előző pontban láthattuk – az építésre/építményre történő kettős felosztásra alapozott rugalmas megközelítés az esetek többségében lehetővé teszi az irányelv alkalmazásához szükséges objektív feltételek fennállásához kapcsolódó probléma megoldását.

30. A követett megközelítéstől függetlenül mindazonáltal nem szabad elfelejteni, hogy a minden építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésre jellemző közös pont maga az építési elem jelenléte. Más szóval, a végzett tevékenységeknek javak létrejöttéhez kell vezetniük. A már létező javak egyszerű adásvétele tehát egyértelműen ki van zárva az irányelv hatálya alól.[19]

31. Az irányelv ugyanezen 1. cikke kifejezetten nevesíti az építési szerződés más alapvető jellemzőit. Rögzíti ugyanis, hogy az építési szerződés *írásban* megkötött, *visszterhes szerződés*. Ezen utóbbi jellemzőből következik, hogy a vállalkozó által nyújtott szolgáltatás a hatóságok által – nem feltétlenül pénzben, de mindenképpen meghatározható vagyoni

18 – Lásd a 6. lábjegyzetben hivatkozott Auroux és társai ügyben hozott ítélet 40. pontját.

19 – Lásd az irányelv 16. cikkét.

érték formájában[20] – nyújtott ellenszolgáltatás felel meg.

32. Maga az irányelv, amint ismeretes, mindazonáltal a „tipikus" modell mellett egy másik alternatívát is előír, amelyben a hatóság fizet (tágabb értelemben véve, ahogyan azt láttuk) az építmény létrehozójának. Ebben a másfajta modellben, azaz az építési koncesszió esetén „a kivitelezendő építési beruházás ellenszolgáltatása vagy kizárólag az építmény hasznosításának joga, vagy e jog pénzbeli ellenszolgáltatással együtt". A kérdést előterjesztő bíróság szerint ilyen esetben kell alkalmazni az építési koncesszióra vonatkozó szabályokat, amennyiben a hatóságok arra szorítkoznak, hogy megengedik az építési munkálatokat folytatni kívánó jogalanynak, hogy építési tevékenységéből fakadó eredményeit teljes mértékben hasznosíthassa a tulajdonjog szabályai szerint. E probléma részletesebb tárgyalására az alábbiakban kerül sor, különösen az előzetes döntéshozatalra előterjesztett hetedik kérdés vizsgálata kapcsán.

33. Meg kell továbbá vizsgálni a célt, amelyet a hatóságok az építmények és/vagy építési munkák révén elérni kívánnak. Ugyanakkor a Bíróság ítélkezési gyakorlata értelmében az irányelv szabályainak alkalmazása tekintetében az elérni kívánt cél irreleváns.[21] Ami tehát számít, az kizárólag a jogszabály szövege által előírt objektív feltételek megléte.

34. A közösségi szabályozásnak az egyes konkrét esetekben a hatóságok által elérni kívánt célok iránti közömbössége érthető, ha figyelembe vesszük azt, amit az irányelv „preambulumbekezdéseiben" előirányoz, tehát a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi szabályozás elsődleges célja az alapvető szabadságok korlátozásának megszüntetése, illetve a hatékony verseny biztosítása.[22] Ebből következik, hogy azon jogalanyok szempontjait képviseli, akik érdekeltek lehetnek az építési munkálatok elvégzésében, és ezen alanyok számára – ahogy az világos – a hatóságok által elérni kívánt cél irreleváns.

35. Az irányelv széleskörű és ambiciózus célkitűzéseinek, amelyeket szem előtt kell tartani annak értelmezésekor, nem szabad azonban azt sugallniuk, hogy egy ilyen jogszabályi szöveg alkalmazási köre céljára

20 – Például egy pénzösszeg fizetése helyett a hatóságok mentességet adhatnak egy jogalanynak valamely adó megfizetése alól. Lásd a 4. lábjegyzetben hivatkozott Ordine degli Architetti ügyben hozott ítélet 76–86. pontját.

21 – A C-44/96. sz., Mannesmann Anlagenbau Austria és társai ügyben 1998. január 15-én hozott ítélet (EBHT 1998., I-73. o.) 32. pontja. Lásd még a C-126/03. sz., Bizottság kontra Németország ügyben 2004. november 18-án hozott ítélet (EBHT 2004., I-11197. o.) 18. pontját és a C-26/03. sz., Stadt Halle és RPL Lochau ügyben 2005. január 11-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-1. o.) 26. pontját.

22 – Lásd főként a 2004/18/EK irányelv (2) preambulumbekezdését, továbbá, ezt megelőzően, a módosított, az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásának összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/37/EGK tanácsi irányelv (HL L 199., 54. o., magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 2. kötet, 163. o.) második és tizedik preambulumbekezdését. Lásd még a 4. lábjegyzetben hivatkozott Ordine degli Architetti és társai ügyben hozott ítélet 52. pontját és a C-470/99. sz., Universale-Bau és társai ügyben 2002. december 12-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-11617. o.) 51. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

tekintettel korlátlanul kiterjeszthető. Különösen azt kell hangsúlyozni, hogy bizonyos területek, amelyeken az irányelv nem alkalmazható, már magában az irányelv szövegében kiemelésre kerülnek: lásd különösen a 10–16. cikket. Ebből következően nem engedhető meg az irányelv kizárólagosan „funkcionális" értelmezése, amely csupán annak alapvető céljait venné figyelembe.

36. A „funkcionális" értelmezés szemszögéből nézve ugyanis, amelyet úgy tűnik, különösképpen a Bizottság támogat, az a központi probléma vetődik fel, hogyan határozható meg az a körülmény, amelynek függvényében az irányelvet alkalmazni kell. Nos, a Bizottság maga jelzi, hogy elsődleges aggodalma az, hogy bizonyos jogalanyok előnyös helyzetbe juthatnak anélkül, hogy korábban az ilyen pozíciót elérni kívánó többi lehetséges érdekelttel egyenrangú helyzetben lettek volna. A jelen ügyhöz hasonló esetekben az előnyös helyzetet a terület értékének növekedése jelenti, ami abból a tényből következik, hogy ugyanazon területen a közigazgatási szerv bizonyos építési tevékenységeket engedélyez. Ebből következően – a Bizottság értelmezését követve – egy ingatlanban beálló minden „értéknövekedésnek", amennyiben az a hatóság valamely tevékenységére vezethető vissza, az irányelv hatálya alá kellene tartoznia. Nyilvánvaló azonban, hogy ezen álláspont elfogadása kockázatos, hiszen akkor bármilyen abszurd is, el kellene fogadni azt a feltételezést, hogy *minden településfejlesztési tevékenység* az irányelv hatálya alá tartozik: *per definitionem* ugyanis azok a rendelkezések, amelyek az építési munkálatok engedélyezését szabályozzák, lényegesen is módosítják azon területek értékét, amelyekre vonatkoznak.

37. Ezt a szélsőséges álláspontot valójában senki sem támogatja. Azt azonban hangsúlyoznunk kell, hogy ez képezi az irányelv kizárólag funkcionális olvasatából eredő logikus következményt.

38. Mint ismeretes, a Bíróság ítélkezési gyakorlata néhány területen valóban kifejezetten funkcionális értelmezést követett a közösségi jog rendelkezései tekintetében. Különösképpen az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésekre vonatkozó jog terén történt így az „ajánlatkérő szerv" és a „közjogi intézmény" fogalmát illetően.[23] Ezzel kapcsolatban azonban mindenekelőtt azt kell kiemelni, hogy ezekben az esetekben a funkcionális értelmezés arra szolgált, hogy egy sajátos fogalom terjedelmét tisztázza, nem pedig arra, hogy általában meghatározza a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó joganyag egészének alkalmazási körét. A hivatkozott ügyekben továbbá az volt a funkcionális értelmezés alkalmazásának célja, hogy el lehessen kerülni a tágas joghézagokat, amelyek széles teret engedtek volna a visszaéléseknek: hivatkozom például arra az esetre, amelyben a közjogi szervezet jellemző feladatát egy társaság

23 – Lásd például a 22. lábjegyzetben hivatkozott Universale-Bau és társai ügyben hozott ítélet 53. pontját, a C-337/06. sz., Bayerische Rundfunk és társai ügyben 2007. december 13-án hozott ítélet (EBHT 2007., I-11173. o.) 37. pontját és a C-393/06. sz. Ing. Aigner ügyben 2008. április 10-én hozott ítélet (EBHT 2008. I-2339. o.) 37. pontját.

a megalakulását követően vállalta magára, anélkül azonban, hogy saját alapító okiratát megfelelően módosította volna,[24] vagy arra, amikor a közpénzből történő finanszírozás (az adott esetben egy tévétársaság finanszírozása) nem közpénzekből történő közvetlen folyósítás, hanem a vevőkészülékek birtokosaira kivetett egységes adó útján történt.[25]

39. Az viszont világosnak tűnik tehát számomra, hogy az irányelv alkalmazási körének meghatározásánál elsősorban az irányelvben magában megfogalmazott objektív feltételekre kell utalni. Ez természetesen nem jelenti azt, hogy az értelmezőnek kerülnie kellene mindenfajta „funkcionális" megközelítést. Valójában az irányelv által elérni kívánt célok – amint az nyilvánvaló – az egyik alapvető viszonyítási pontnak minősülnek az értelmezés tekintetében,[26] mindazonáltal nem alkothatják az egyedüli vonatkozási pontot, és nem kerülhetik meg a jogalkotónak a jogszabály alkalmazási körének meghatározására vonatkozó szándékát.

40. Most áttérek az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések vizsgálatára. A kérdések logikai összefüggései miatt elsőként az első, a második, az ötödik és a hatodik kérdéssel foglalkozom.

24 – A 22. lábjegyzetben hivatkozott Universale-Bau és társai ügyben hozott ítélet.

25 – Lásd a 23. lábjegyzetben hivatkozott Bayerische Rundfunk és társai ügyben hozott ítéletet, lásd még hasonló esetre a C-300/07. sz. Hans & Christophorus Oymanns ügyben 2009. június 11-én hozott ítélet (EBHT 2009., I-4779. o.) 57. pontját.

26 – Lásd például a 292/82. sz. Merck-ügyben 1983. november 17-én hozott ítélet (EBHT 1983., 3781. o.) 12. pontját, a C-223/98. sz. Adidas-ügyben 1999. október 14-én hozott ítélet (EBHT 1999., I-7081. o.) 23. pontját és a C-17/03. sz., VEMW és társai ügyben 2005. június 7-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-4983. o.) 41. pontját.

B – *Az első és a második kérdés*

41. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első két kérdéssel, amelyeket együtt lehet vizsgálni, a kérdést előterjesztő bíróság annak tisztázását kéri a Bíróságtól, hogy a 2004/18/EK irányelv szerinti építési közbeszerzési szerződés fennállásához általánosságban szükséges-e az, hogy a szerződés tárgyát a hatóságok által fizikailag megszerzett olyan javak képezzék, amelyek a hatóságok számára közvetlen gazdasági előnnyel járnak. Igenlő válasz esetében, azaz amennyiben – a kérdést előterjesztő bíróság által használt kifejezéssel élve – nincs lehetőség „eltekinteni a szerzési tényezőtől", kérdéses, hogy ez az elem általánosságban felismerhető-e egy egyszerű közérdekű cél kitűzésben, például az önkormányzat területének meghatározott településfejlesztési folyamatában.

1. A felek álláspontja

42. A jelen ügyben észrevételt előterjesztő felek által képviselt álláspontok igencsak széles skálán mozognak.

43. Egyfelől a német kormány – a Bundesanstalt és nagy mértékben az osztrák

kormány által támogatva – szilárdan ragaszkodik ahhoz, hogy csak akkor lehessen építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésről beszélni, ha a szerzési tényező jelen van. Valójában e kormány azt állítja, hogy nem kell szükségszerűen anyagi jellegű szerzésről beszélni, és hogy akár a közigazgatási szerv javára szóló egyszerű gazdasági előny is elégséges lehet. Mindazonáltal a német kormány szerint az nem elégséges, ha – mint a jelen ügyben is – valamely általában vett közérdekű célt tűznek ki. Ami a Bíróságnak az Auroux és társai ügyben hozott ítéletét illeti, amely – mint láttuk – egyik sarkpontját képezi annak az álláspontnak, amelyhez a német nemzeti bíróság közelít, a német kormány megállapítja, hogy a döntés alapjául szolgáló ügyben a közigazgatási szervre szálló közvetlen gazdasági előnyt beszámították, így a Bíróság nem tartotta szükségesnek, hogy figyelmet szenteljen e kérdésnek. Ezt azonban semmiképpen nem szabad úgy értelmezni, mint a gazdasági haszon követelménye szükségességének kizárását: ez a követelmény, még ha nincs is külön kiemelve az irányelvben, benne foglaltatik az irányelv általános rendszerében. Ami az irányelv tényleges érvényesülése biztosításának és a visszaélések kockázata elkerülésének szükségességére alapozott érveket illeti, a német kormány szerint ezek nem tehetik lehetővé az irányelv visszaélésszerű, annak természetes alkalmazási körén túllépő alkalmazását. A közbeszerzési szerződések területén kívül eső visszaélések megelőzésének szükségessége esetén más jogszabályi eszközök alkalmazandók, és nem a 2004/18/EK irányelv.

44. A német kormány álláspontjával merőben ellentétes a Bizottság által képviselt álláspont. A Bizottság szerint ugyanis az egyedüli meghatározó elem ahhoz, hogy a Bíróság választ tudjon adni az előterjesztő bíróság kérdésére, abban a tényben áll, hogy az irányelv szövege nem követeli meg az építési beruházásokra irányuló közbeszerzési szerződés fennállásához, hogy a közigazgatási szerv egy rajta kívül álló személytől szerezzen meg valamit. A szerzési tényező jelenlétének megkövetelése a jogszabályi szövegben nem előírt feltétel bevezetését jelentené.

45. Végül, a holland kormány köztes álláspontra helyezkedik. A holland kormány szerint ugyanis, bár az építmény közigazgatási szerv általi megszerzése nem szükséges, és ez így van a Bíróság ítélkezési gyakorlata fényében is, azonban az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fennállásához szükséges a közigazgatási szerv közvetlen gazdasági érdekének megléte. Ez a közvetlen gazdasági érdek lehet esettől függően akár a közigazgatási szerv javára szóló gazdasági előny, akár – ahogy a holland kormány nevezi – a közigazgatási szerv által viselt „gazdasági kockázat". A kérdést előterjesztő bíróság által vizsgált tényállásban a holland kormány megítélése szerint ilyen gazdasági érdek nem áll fenn, vagy legalábbis nem mutatható ki a nemzeti bíróság által előterjesztettek alapján.

2. Értékelés

46. A 2004/18/EK irányelv helyes értelmezése álláspontom szerint a német kormány és a Bizottság „szélsőséges" álláspontjai között félúton helyezkedik el. Másrészről nem osztom teljesen a holland kormány álláspontját sem, amely – úgy tűnik számomra – az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalmának meghatározása során szinte kizárólag a gazdasági jellegű elemre támaszkodik.

47. A Bíróság elé előzetes döntéshozatalra terjesztett kérdés megválaszolásához fontosnak tartom, hogy a fent hivatkozott Auroux és társai ügyben[27] adott értelmezésből induljunk ki. Mint ismeretes, az ezen ítélet alapjául szolgáló alapeljárás tényállásában a települési önkormányzat egy második ajánlatkérő hatóságot bízott meg egy területrendezési építmény létrehozásával, pályázat kiírása nélkül. Ebben az összefüggésben, részben az önkormányzat által adott források felhasználásával, a második ajánlatkérőnek kellett volna létrehoznia különböző építményeket, amelyek részben harmadik személyek számára kerültek volna értékesítésre, részben pedig a települési önkormányzatnak kerültek volna átadásra. A Bíróság ezt a helyzetet építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésként értékelte, irrelevánsnak tekintve e szempontból azt a tényt, hogy tervezett volt-e, hogy az első ajánlatkérő, vagyis az önkormányzat, egészben vagy részben a kivitelezésre váró építmény tulajdonosává váljon.[28]

48. Az is igaz, amint azt a német kormány észrevételezi, hogy azon ügy körülményei között nem volt kétség afelől, hogy legalább részben néhány kivitelezésre váró építmény közvetlenül a települési önkormányzat javára készül. Ugyanígy igaz azonban az is, hogy a Bíróság által választott meglehetősen tág megfogalmazás véleményem szerint kizárja a közigazgatási szerv javára történő közvetlen megszerzés építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés követelményeként történő minősítésének szükségességét.

49. Másrészről azonban hangsúlyozni szükséges az imént hivatkozott ítéletben elemzett tényállás egy másik jellegzetességét is: abban az esetben a települési önkormányzat egy jelentős összeget utalt át, és közvetlen kapcsolatba lépett a második ajánlatkérővel a tervezett építmények megvalósítása érdekében.

50. Még ha az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalmát tágabb értelemben kell is értelmezni a lehetséges visszaélések elkerülése érdekében – ahogyan az már fentebb is megállapításra került –, nem lehet azt korlátlanul kiszélesíteni.[29] A hasonlóképpen „funkcionalista" olvasat nem hagyhatja teljesen figyelmen kívül az irányelv értelmezési körének határait. Ha ugyanis bizonyosan igaz, hogy a közbeszerzési szerződésekről szóló irányelvek fő célja a vállalkozások közötti verseny előmozdítása és a piacok megnyitása, egyidejűleg az is igaz, hogy az irányelv alkalmazási területén kívül

27 – Lásd a fent hivatkozott 6. lábjegyzetet.

28 – Uo., 47. pont.

29 – Lásd a fenti 35. és azt követő pontokat.

ezt a célt az erre alkalmas különböző jogalkotási eszközök alkalmazásával kell követni, anélkül, hogy a közbeszerzési szerződésre vonatkozó rendelkezések alkalmazási körét túlzott mértékben kiterjesztenénk.

51. Bizonyos pontossággal kell tehát meghatározni ezen alkalmazási kör határait, amelyek áthághatatlan korlátokat kell, hogy jelentsenek az irányelv rendelkezéseinek alkalmazásához.

52. Azt gondolom tehát, hogy a jogszabály szövegének együttes figyelembevételéből – egyidejűleg szem előtt tartva a Bíróság erre vonatkozó eddigi értelmezését – az az alapelv vezethető le, miszerint egy meghatározott tevékenység építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésre vonatkozó jogi környezetbe tartozásához az szükséges, hogy a közigazgatási szerv és a megvalósításra váró munkák vagy építmények között szilárd *közvetlen kapcsolat* álljon fenn. Ez a kapcsolat rendszerint azon tényből ered, hogy a munkák és az építmények a közigazgatási szerv kezdeményezése következtében valósulnak meg.

53. A kérdést előterjesztő bíróság véleményével ellentétben nem elegendő tehát egy kizárólag nem anyagi és közvetett jellegű haszon megléte. Az az egyszerű tény sem elegendő, hogy az értékelendő tevékenység általában közérdekű. Nem hagyható ugyanis figyelmen kívül, hogy azokban az esetekben, amikor a tevékenység a közigazgatási szerv engedélyéhez van kötve (mint ahogyan ez rendszerint valamennyi építési tevékenységnél fennáll), az engedélyezés tekintetében ugyanezen tevékenységnek nyilvánvalóan összhangban kell állnia a közérdekkel, amely hivatkozási alapot jelent a közhatalmi szervek által folytatott engedélyezési tevékenységhez. A közérdek általános fennállása, amely igazolja az engedély megadását a tevékenység végrehajtásához, nem jelentheti tehát – az irányelv alkalmazási köre ellenőrizetlen kiterjesztésének terhe mellett – a döntő kritériumot annak meghatározásánál, hogy mely tényállás tartozik az irányelv hatálya alá. Különösen azt kell szem előtt tartani, hogy az építési engedély, azaz a közhatalom jellemző kifejeződése az *objektív* településfejlesztési környezetben, rendszerint arra korlátozódik, hogy eltávolítsa az akadályt egy olyan kezdeményezés lefolytatása elől, amely egy magánszemélytől, és nem a közigazgatási szerv részéről indul.

54. Úgy vélem, hogy a közigazgatási szerv és a megvalósításra váró építészeti munkák vagy építmények közötti közvetlen kapcsolat fennállásának megkövetelése lehetővé teszi az egyrészről a visszaélések megelőzésének, másrészről az irányelv alkalmazási területe ellenőrizetlen kiterjesztése elkerülésének

hagyományosan ellentétes szükségessége összeegyeztetését. Így ez a megfogalmazás lehetővé teszi annak teljes tiszteletben tartását, amit a Bíróság a már többször hivatkozott Auroux és társai ügyben hozott ítéletében megerősített, miszerint sem a tulajdonszerzés, sem az építmények közigazgatási szerv általi közvetlen hasznosítása nem szükségszerű feltétele a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó jogszabályok alkalmazásának. Ezt az ítéletet azonban nem lehet egy olyan megközelítés igazolására felhasználni, amely teljes mértékben eltekint a közhatalom és a megvalósításra váró építmények közötti szilárd kapcsolattól: véleményem szerint éppen ez a közvetlen kapcsolatra vonatkozó követelmény alkothatja e szükséges kapcsolat megfelelő meghatározását.

55. Ez a közvetlen kapcsolat mindenekelőtt nyilvánvalóan azokban a helyzetekben észlelhető, amikor a megvalósításra váró dolog közvetlenül a közigazgatási szerv tulajdonába kerül. Ahogyan ez nyilvánvaló is, a legtipikusabb esetről van szó, és ebbe a hivatkozási körbe tartozik az esetek azon nagy része, amelyre az irányelvet alkalmazni kell. Ehhez a tipikus helyzethez hozzá kell még venni azokat a helyzetek is, amelyekben – noha nem kerül sor a közigazgatási szerv részéről tulajdonszerzésre – a megvalósításra váró dolgok ugyanezen közigazgatási szerv részére *közvetlen gazdasági előnyt* jelentenek. Itt lehet szó például azokról az esetekről, amelyekben a közhatalmak a felépült dolgokon olyan jogot szereznek, amely, noha különbözik a tulajdonjogtól, lehetővé teszi legalább bizonyos mértékig a dolog haszonélvezetét.

56. A közigazgatási szerv és a megvalósítandó munkák vagy építmények közötti közvetlen kapcsolat második lehetősége véleményem szerint azokban az esetekben fordulhat elő, amikor a közigazgatási szerv közpénzeket használ fel a munkák és/vagy építmények megvalósítására. Az esetek nagyobb részében nyilvánvalóan olyan helyzetekről van szó, amelyek az előző pontban jelzett első lehetőség körébe is tartoznak, mivel a munkák és az építmények megvalósítására szolgáló közpénzek felhasználásának legjellegzetesebb esetkörében, azaz a közbeszerzési szerződések esetén, a hatóságok fizetnek a megvalósítandó dolgok tulajdonának megszerzéséért. Egyébként, amint látható, koncesszió esetkörében is szó lehet közpénzek felhasználásáról, jóllehet e források nem fedezik teljes egészében a megvalósításra váró munkák vagy építmények értékét.

57. E második lehetőség felöleli ugyanakkor azon helyzeteket is, amelyekben a pénz vagy más közforrás kifizetése ellenére a közigazgatási szerv nem szerzi meg a megvalósítandó dolog tulajdonjogát. Amint azt a Bíróság az Auroux és társai ügyben hozott ítéletében kiemelte, a tulajdonszerzés egyáltalán nem nélkülözhetetlen elem. Másfelől, úgy tűnik, tökéletesen összhangban van az irányelv méltányossági okaival és alapelvei tiszteletben tartásának okaival az a tény, hogy akkor, amikor a hatóságok közforrásokat szándékoznak felhasználni, az e forrásokhoz jutó jogalanyok

kiválasztása az irányelv által biztosított garanciák mellett történhet.

58. Egyértelmű, hogy azon helyzetek is beletartoznak ebbe a lehetőségbe, amikor a felhasznált közforrások nem pénzbeli források, gondoljunk csak például arra az esetre, amikor a munkák vagy az építmények megvalósítása céljából az ajánlattevőnek vagy a koncessziós jogosultnak ingyenes jogcímen vagy a piacinál alacsonyabb áron bocsátanak rendelkezésére köztulajdonban álló földterületeket.

59. A közigazgatási szerv és a megvalósítandó munkák vagy építmények közötti közvetlen kapcsolat harmadik lehetősége kiegészítő jellegű, és azon esetekre vonatkozik, amikor e munkák és/vagy építmények az első és második lehetőség esetein túl szintén a közigazgatási szerv kezdeményezésének eredményei. Ez a tényállás különösen akkor valósul meg, amikor a hatóságok saját kezdeményezésre elindítanak egy eljárást, amely munkák vagy építmények megvalósításához vezet. A Bíróság ilyen jellegű helyzetet értékelt a fent hivatkozott Auroux és társai ügyben[30] hozott ítéletében.

60. A harmadik és egyben utolsó lehetőség ugyanakkor megkövetel egy fontos megállapítást. A közigazgatási szerv által folytatott tevékenység ebben az összefüggésben meg kell, hogy haladja a településfejlesztés vonatkozásában általánosságban ráruházott hatáskörök egyszerű gyakorlását. Csak ily módon lehet éles demarkációs vonalat húzni az irányelv alkalmazási körébe eső tevékenység és a településfejlesztés „szokásos" tevékenysége közé, amely önmagában véve viszont nem esik ezen alkalmazási körbe. Konkrétan a nemzeti bíróságnak kell elvégeznie a közigazgatási szerv egyes konkrét esetekben folytatott tevékenységének jellegére vonatkozó vizsgálatát, esetről esetre történő értékeléssel.

61. Ennek keretében nem lehet kizárni, hogy a terület bizonyos településfejlesztési szempontból történő rendezésének elérése olyan szerződés tárgyát képezze, amely az irányelv alkalmazási körébe esik. Mindez azonban azon feltétel mellett, hogy közvetlen kapcsolat álljon fenn a közigazgatási szerv és a megvalósítandó munkák vagy építmények között, az előző pontokban megjelölt értelemben. A közérdeknek a településfejlesztésre vonatkozó szokásos hatáskörök útján való egyszerű érvényesítése nem elegendő a koncessziós és közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi jogszabályok alkalmazásához.

62. Jelen esetben természetesen a kérdést előterjesztő bíróságra vár, hogy értékelje e közvetlen kapcsolat fennállását vagy hiányát. Megjegyzem azonban, hogy a nemzeti bíróság által a Bíróság részére előterjesztettek alapján nehezen képzelhető el számomra, hogy a közvetlen kapcsolat fennállását megállapítsák.

30 – Lásd a 6. lábjegyzetben hivatkozott Auroux és társai ügyben hozott ítélet 42. pontját.

Egyrészről, mint ahogy az nem vitás, a vizsgált esetben a közigazgatási szerv semmiféle javakat nem szerez meg, és nem szerez semmiféle közvetlen gazdasági előnyt sem. Nem állnak fenn véleményem szerint más olyan lehetséges helyzetek sem, amelyekben e közvetlen kapcsolat kimutatható, mivel Wildeshausen önkormányzata nem indított külön kezdeményezést az építmények megvalósítására, csupán a hozzá benyújtott különböző tervek értékelésére szorítkozott, és nem kellett semmilyen költséget vállalnia az építkezés érdekében. Ugyanígy nem ismerhetők fel e kapcsolódási elemek a Bundesanstalt tekintetében sem.

C – *Az ötödik és a hatodik kérdés*

63. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett ötödik és hatodik kérdés kizárólag az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés[31] fogalmának harmadik fordulatára vonatkozik, és bizonyos mértékig az első két kérdés, illetve különösen a második kérdés vonatkozásában felmerült problémák újbóli elővételét jelenti, e fordulatra utalva.

64. Még pontosabban, az ötödik kérdéssel a kérdést előterjesztő bíróság arra keres választ, hogy az idézett fordulat szerinti „ajánlatkérő által meghatározott követelmények" alapulhatnak-e egyszerűen azon a tényen, hogy a közigazgatási szervnek hatáskörében áll annak biztosítása, hogy a megvalósítandó munkák vagy építmények megfeleljenek bizonyos közérdeknek.

65. Ezzel szemben a hatodik kérdéssel annak megállapítását kérik a Bíróságtól, hogy a hivatkozott „ajánlatkérő által meghatározott követelmények" alapulhatnak-e ténylegesen a közigazgatási szervet megillető, az építési tervek vizsgálatára és jóváhagyására irányuló hatáskörön.

1. A felek érvei

66. Az észrevételeket előterjesztő összes fél – nyilvánvalóan Helmut Müller egyedüli kivételével – alapvetően egyetért abban, hogy az alapeljáráshoz hasonló esetben a harmadik fordulat értelmében nem állnak fenn az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésként történő meghatározás feltételei.

67. Különösen a Bizottság, a holland és a francia kormány ragaszkodik a közigazgatási szerv „aktív", illetve kizárólag „passzív"

31 – Lásd a fenti 20. pontot.

szerepének megkülönböztetéséhez, miszerint az első esetben a közigazgatási szerv kezdeményező az építmények és munkák végrehajtásában, vagy mindenesetre meghatározó befolyást gyakorol, míg a második esetben a hatóság szerepe a magánszemélyektől érkező tervek tekintetében pusztán az ellenőrzés és a jóváhagyás. Ez utóbbi esetben nem lehet szó közbeszerzési szerződésről, hanem legfeljebb a közigazgatási szervek rendes tervezési, jóváhagyási, ellenőrzési stb. feladatainak ellátásáról.

68. A német kormány a maga részéről azon megállapításra alapozza álláspontját, hogy a közbeszerzési szerződés fogalmának harmadik fordulata tekintetében is szükséges, hogy fennálljanak azon feltételek, amelyeket e kormány szükségesnek tart az első két fordulat egyikének fennállásához, köztük különösen a közigazgatási szerv közvetlen gazdasági hasznának feltétele.

2. Értékelés

69. Az előterjesztő bíróság azon választása, hogy a Bíróság elé terjesztett kérdései tagolásában különválassza az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalmának első két fordulatára vonatkozó, különösen a második kérdés tárgyát adó, valamint a harmadik fordulatra vonatkozó, az ötödik és hatodik kérdés középpontjában álló kérdéskört, véleményem szerint azon a szándékon alapul, hogy a harmadik fordulat szó szerinti értelméből a rendelet alkalmazási körének jelentékeny kiszélesítését vezesse le.

70. Márpedig nem kétséges, amint azt észrevételeiben másfelől a Bizottság is egyértelműen hangsúlyozta, hogy az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalmának harmadik fordulata ténylegesen a célból került megalkotásra, hogy el lehessen kerülni a szabályok kijátszását, megteremtve annak lehetőségét, hogy azon más típusú tényállások is belekerüljenek, amelyeket előzetesen nem lehetett kimerítően meghatározni.

71. Ugyanakkor, ahogyan azt már fent megállapítottam, nem lehet a jogszabály szövegének szó szerinti értelmezését arra használni, hogy ellenőrizetlenül kiterjesszük annak hatályát. Különösen amennyiben az „ajánlatkérő által meghatározott követelmények" magukba olvasztanának minden, a hatóságokat illető jóváhagyási és településtervezési feladatot, az irányelv alkalmazási köre mértéktelenül kiszélesedne.

72. Valójában a harmadik fordulat vonatkozásában is alkalmazni kell azon megállapításokat, amelyeket fent az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első két kérdés kapcsán tettem. Semmilyen érv nem

támasztja alá azt az elgondolást, hogy a harmadik fordulat vonatkozásában a 2004/18/EK irányelv alkalmazásában el lehetne tekinteni a közigazgatási szerv és a megvalósításra váró munkák és építmények közötti közvetlen kapcsolat fennállásának szükségességétől.

D – *Közbenső következtetések*

73. Összegezve tehát az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első, második, ötödik és hatodik kérdésre vonatkozó elemzésemet, azt javaslom, hogy a Bíróság olyan értelemben válaszoljon, hogy a 2004/18/EK irányelv értelmében az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés vagy az építési koncesszió fennállásához szükséges, hogy közvetlen kapcsolat legyen a közigazgatási szerv és a megvalósításra váró munkák vagy építmények között. Ez a közvetlen kapcsolat alapulhat nevezetesen azon a tényen, hogy a közigazgatási szerv megszerzi az építmény tulajdonát, avagy közvetlen gazdasági előnyhöz jut, illetve ezenkívül azon a tényen, hogy az ajánlatkérő kezdeményezi a megvalósítást, vagy legalább részben viseli ennek költségeit.

E – *A harmadik és a negyedik kérdés*

74. Az Oberlandesgericht Düsseldorf a harmadik és a negyedik kérdésével lényegében arra keres választ, hogy az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés fogalmához elengedhetetlen-e az a tény, hogy az ajánlattevő elkötelezi magát az építmények vagy munkák elvégzése mellett. E látszólag elkülönülő kérdések feltevését az indokolja, hogy az érintett nemzeti bíróság által vizsgált tényállásban nem vitás, hogy a földterületek megszerzésével a szerző semmilyen kötelezettséget nem vállalt az építkezésre vonatkozóan.

75. Minden észrevételt előterjesztő jogalany általánosságban egyetért abban, hogy a kérdésre igenlő választ kell adni, anélkül hogy álláspontjaik között lényegi különbségek lennének. Kizárólag a Helmut Müller társaság, az alapeljárás felperese javasolja a Bíróságnak, egyértelmű okokból, hogy a kérdést előterjesztő bíróság álláspontját fogadja el, amely szerint e kötelezettség nem szükséges.

76. Véleményem szerint ugyanakkor egyértelmű, hogy a kérdésekre igenlő választ kell adni, és hogy a munkák és/vagy építmények megvalósításának kötelezettsége elengedhetetlen eleme az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés vagy építési koncesszió fennállásának.

77. Ez elsődlegesen és alapvetően a 2004/18/EK irányelv rendelkezéseiből következik,

amely irányelv, amint látható, visszterhes szerződésként határozza meg az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződést. Magán a fogalmon alapszik tehát az árat kifizető (vagy, ennek alternatívájaként, használati jogot átengedő) ajánlatkérő és a munkák vagy építmények kivitelezésére felkért ajánlattevő közötti szolgáltatáscsere gondolata. Egyértelmű tehát a közbeszerzési szerződés kölcsönössége. E jelleggel nyilvánvalóan ellentétes lenne annak elismerése, hogy a közbeszerzési szerződés elnyerése után az ajánlattevő egyoldalúan és minden következmény nélkül egyszerűen úgy dönthet, hogy a tervezett munkát nem végzi el. Ellenkező esetben végül az ajánlattevő tekintetében mérlegelési jogkör kerülne elismerésre az ajánlatkérő igényei és szükségletei vonatkozásában.

78. Egy másik és koncepcionálisan elkülönülő kérdés, amelyet szintén előterjesztett a kérdést előterjesztő bíróság, arra vonatkozik, hogy az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés meghatározásához szükséges-e, hogy az ajánlattevőnek a közigazgatási szerv felé vállalt esetleges kötelezettsége peresíthető legyen. A nemzeti bíróság így arra keresi a választ, hogy előírható-e annak lehetősége, hogy a közigazgatási szerv a megvalósítás elmaradása esetén peres úton kötelezze az ajánlattevőt.

79. Ha e megfogalmazással a kérdést előterjesztő bíróság annak szükségességére nézve kereste meg a Bíróságot, hogy a 2004/18/EK irányelv értelmében a nemzeti szabályozásnak az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés tárgyában szükségszerűen olyan mechanizmusokat kell-e tartalmaznia, amelyeken keresztül az ajánlattevő kötelezhető a szerződés által előírt munkák vagy építészeti művek megvalósítására, a válasz véleményem szerint nemleges, mivel ilyen értelmű utalás nem található az irányelvben.

80. Ez ugyanakkor nem jelenti azt, hogy az ajánlattevő esetleges kötelezettségszegése irreleváns lenne. Nem szabad elfelejteni, hogy amint azt fent jeleztem, egy építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés minden hatását tekintve szerződés, azaz olyan jogi aktus, amelyet a különböző nemzeti jogrendszerekben mindig saját kötőerő jellemez. Ahogyan azt a német kormány észrevételeiben helyesen megállapítja, ahhoz, hogy építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződésről beszélhessünk, az szükséges, hogy az ajánlattevő a szerződés által kötve legyen az előírt szolgáltatás teljesítéséhez. Az esetleges kötelezettségszegés következményei azonban a nemzeti jogba tartoznak: semmi nem akadályozza például azt, hogy az ajánlattevő kötelezettségszegése esetén egy tagállami nemzeti szabály a szerződés felbontását, egy másik ajánlattevő kiválasztását vagy azt a jogot írja elő, hogy a közigazgatási szerv egyszerűen kártérítést követeljen az első ajánlattevőtől.

81. Azt javasolom tehát a Bíróságnak, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett harmadik és negyedik kérdésre azt a választ adja,

hogy az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés és az építési koncesszió fogalma a 2004/18/EK irányelv értelmében azt feltételezi, hogy az ajánlattevőt a szerződés kötelezi a közigazgatási szerv irányába a megállapodott szolgáltatás tekintetében. Az ajánlattevő esetleges kötelezettségszegése miatti következmények megállapítása a nemzeti jogba tartozó kérdés.

1. A felek álláspontja

83. A leghatározottabb álláspontot a kérdéssel kapcsolatban a német kormány képviseli, amely általánosságban kizárja a koncesszió intézményének összeegyeztethetőségét a tulajdonjog meglétével. Mindez azért, mert a koncesszió már meghatározása szerint feltételezi az átruházó jogosultságát a koncessziós jogosultra átruházott jogok tekintetében.

F – *A hetedik kérdés*

82. A hetedik kérdéssel a kérdést előterjesztő bíróság arra keresi a választ, hogy a 2004/18/EK irányelv értelmében létrejön-e az építési koncesszió, amikor a „koncessziós jogosult" a tulajdonjog jogosultja, amely már önmagában átruházza rá a koncesszió tárgyát adó dolog hasznosításának jogát.[32] Nagyobb általánosságban a kérdés a határozatlan idejű koncessziónak a közösségi jog alapján való elfogadhatóságára vonatkozik.

84. A holland és az osztrák kormány a maga részéről – noha teljességgel nem zárja ki a koncesszió tulajdonjoggal való összeegyeztethetőségét – úgy véli, hogy ebben az esetben a közigazgatási szerv szerepe túlzottan korlátozott volt ahhoz, hogy koncesszió létrejöttéről lehessen beszélni. Ehhez ugyanis az említett kormányok szerint arra lenne szükség, hogy a hatóságok a koncessziós jogosultat legalább is konkrét utasításokkal lássák el a megvalósításra váró munkák és/vagy építmények tekintetében.

85. Kizárólag a Bizottság képvisel nyitottabb álláspontot. Különösen arra való hivatkozással, hogy az építési koncesszió jellemző eleme az a tény, hogy a koncessziós jogosult viseli a munkák és építmények kivitelezéséhez kapcsolódó gazdasági kockázatot, a Bizottság úgy véli, hogy jelen esetben ezt a gazdasági kockázatot abban a „koncessziós jogosult" által viselt bizonytalanságban lehet megtalálni, amely azon építészeti terveinek közigazgatási szerv általi jóváhagyásában nyilvánul meg,

32 – Hogy pontosak legyünk, a kérdés megfogalmazásában a kérdést előterjesztő bíróság azon *földterület* tulajdonjogára hivatkozik, amelyen a munkáknak és építményeknek meg kell valósulniuk. Amint azonban ugyanezen bíróság a döntés indokolásában megjegyzi, a német jog alapján egy épület használati joga azon földterületre vonatkozó tulajdonjog közvetlen következménye, amelyen az épület felépül. Ebből következően a kérdés alapján az igazi probléma a koncesszió és a tulajdonjog közötti kapcsolat.

amelyek megvalósításához előzetesen szükség volt a földterület visszterhes megszerzésére.

88. A kifejezés etmológiája alapján a koncesszió a jogalany elismert lehetősége arra, hogy hasznosítsa azon dolgot, amelyen egyébként nem rendelkezne semmilyen joggal.

2. Értékelés

86. Bizonyos nézőpontból a hetedik kérdés a legproblematikusabb, legalábbis elvi oldalról. Az építési koncesszió tulajdonjoggal való összeegyeztethetőségének kérdése ugyanis jelentős következménnyel bír mind elméleti, mind gyakorlati szempontból.

89. Maga a 2004/18/EK irányelv egyszerűen rögzíti, hogy az építési koncesszió „az építmény hasznosításának joga", amely az ezt építő jogalany ellenszolgáltatása.

87. A közigazgatási szerv számos okból dönthet úgy, hogy építési koncessziót alkalmaz,. Néhány esetben előfordul, hogy a magánszektorban lévő különleges tapasztalatok kiaknázásának vagy az építészeti művek nagyobb hatékonysággal történő megvalósításának szándékáról van szó. Nincs azonban kétség afelől, hogy az esetek legnagyobb részében a koncesszió választására pénzügyi természetű szükségletek miatt kerül sor. Ezen intézményt felhasználva lehet ugyanis a közösség forrásainak megterhelése nélkül megvalósítani a közérdekű építményeket. [33]

90. Márpedig, bármennyire is tágan lehet értelmezni e „hasznosítási jogot", véleményem szerint azt ki kell zárni az érintett szabályozás általános rendszerét és értelmét figyelembe véve, hogy olyan építési koncessziót lehessen meghirdetni, amelyben a koncessziós jogosultnak a megvalósított építmények felett tulajdonjoga van.

33 – Lásd e tekintetben a koncesszió közösségi jogi megítéléséről szóló bizottsági értelmező közlemény (HL 2000. C 121., 2. o.) 1.2. pontját és a magán- és közszféra közötti partnerségekről (PPP), valamint a közbeszerzésről és a koncessziókról szóló közösségi jogról szóló, 2005. november 15-i legújabb, az Európai Parlamentnek, a Tanácsnak, az Európai Gazdasági és Szociális Bizottságnak és a Régiók Bizottságának szóló bizottsági közleményt (COM (2005) 569 végleges, 1. pontja).

91. Elsődlegesen, amint azt különösen a német kormány megjegyzi, az a tény, hogy az irányelv a koncessziós jogosultat megillető hasznosítási jogról beszél, logikailag azt

jelenti, hogy a koncessziós jogosult nem rendelkezhet olyan, ennél erősebb joggal a dolgon, mint amilyen például a tulajdonjog.

92. Ez a helyzet továbbá, azon túl, hogy nehezen összeegyeztethető a szabályozás szó szerinti értelmezésével, megfosztaná a hatóságokat attól, ami véleményem szerint az építési koncesszió egyik alapvető jellemzője: azaz a lehetőségtől, hogy a közigazgatási szerv valamikor birtokba vegye a felépült építményeket, esetlegesen kizárólag a hasznosítási jog újbóli átruházása érdekében.

93. Más szóval, a tulajdonjog azon objektív jellemzői helyett, amelyek a dolog hasznosításának lehetőségére vonatkoznak, a probléma inkább e jog korlátlan idejű természete miatt merül fel. A koncessziós jogosultra átruházott kezelés tehát sohasem ismerhető el határozatlan időre, függetlenül azon jogcímtől, amelyen e kezelés gyakorlása alapul.

94. Arról sem szabad megfeledkezni, hogy a közösségi jog szerint a koncesszió jellemző típusában az alapvető megkülönböztető elem, amely többek között a koncesszió közbeszerzési szerződéstől való megkülönböztetésére szolgál, a koncesszió esetében fennálló gazdasági kockázat megléte a koncessziós jogosult oldalán, amely kockázat a közbeszerzési szerződések esetén nem áll fenn.[34] A vizsgált esetben az ilyen jellegű gazdasági kockázat fennállásának elismerése céljából a Bizottság a kockázatot arra a tényre vezeti vissza, hogy a településfejlesztés feladatának ellátása során a hatóságok az érintett fél földterület-vásárlása után elutasíthatják a tervezett építmények építési engedélyét. Ez a „kockázat" azonban sokkal inkább azt az általános bizonytalanságot jelenti, amellyel bármely magánszemély szembesülhet, akinek a közigazgatási szerv mérlegelési jogkörben hozott intézkedésére van szüksége, mintsem az építészeti művek gazdasági működtetéséhez kapcsolódó gazdasági kockázatot.

95. Másfelől az a gazdasági kockázat, amely az irányelv által szabályozott építési koncessziót jellemzi, jól láthatóan magának a koncesszió időben korlátozott jellegének is közvetlen következménye. A megvalósítandó dolgokon fennálló korlátlan időtartamú jog ellenben főszabály szerint lehetővé teszi a gazdasági kockázat mindenkori kizárását,

34 – Lásd a C-458/03. sz. Parking Brixen ügyben 2005. október 13-án hozott ítélet (EBHT 2005., I-8585. o.) 40. pontját és a C-437/07. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet 29–31. pontját. E kockázatnak nem kell szükségszerűen magasnak lennie, mivel vannak olyan tevékenységek, amelyeknél ez jellegéből adódóan korlátozott, azonban azon kockázat teljességének vagy jelentős részének kell lennie, amelyet a közigazgatási szerv viselne, amennyiben közvetlenül ő folytatná e tevékenységet (a C-206/08. sz. Eurawasser-ügyben 2009. szeptember 10-én hozott ítélet [EBHT 2009., I-8377. o.] 69–77. pontja).

mert az idő előrehaladtával mindig orvosolhatók a dolgok kezelése folyamán felmerülő esetleges nehéz időszakok.

96. Végül van egy utolsó elem, amely általánosságban a közösségi jogi környezetben a koncessziók időbeli korlátozottságának támogatása mellett szól. Az már többször megállapításra került, hogy a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi szabályozás elsődleges célja általában a verseny legteljesebb előmozdítása az alapvető szabadságok összes korlátozásának kizárásával. Ebből a nézőpontból a korlátlan tartamú koncesszió lehetőségének elismerése – a verseny és a hatékonyság terhére – annak kizárását jelentené, hogy a jövőben az építmények működtetése esetlegesen más alanyok által, sokkal hatékonyabb módon és feltételek mellett legyen biztosított.

97. Ez két következménnyel jár. Egyrészről általában nem lehet korlátlan időtartamú koncessziót adni.[35] Másrészről nem adható egy jogalanynak olyan dologra koncesszió, amelynek már ő a tulajdonosa, kivéve a nemzeti jog alapján azt az esetet, amikor egy meghatározott idő után a közigazgatási szerv megszerzi a tulajdonjogot vagy az ehhez hasonló jogot a dolgon.

98. Végeredményben a Bíróság elé előzetes döntéshozatalra előterjesztett hetedik kérdésre azt a választ javasolom adni, hogy a 2004/18/EK irányelv szerinti építési koncesszió soha nem jelentheti a koncessziós jogosult időben korlátlan jogának elismerését a koncesszió tárgyára vonatkozóan.

G – *A nyolcadik és kilencedik kérdés*

99. Tárgyukra tekintettel az előzetes döntéshozatalra előterjesztett nyolcadik és kilencedik kérdés is vizsgálható együtt. A nyolcadik kérdéssel a kérdést előterjesztő bíróság arra keres választ, hogy a 2004/18/EK irányelvben foglalt szabályozást attól a pillanattól kell-e alkalmazni, hogy a közigazgatási szerv, noha még formálisan nem döntött a közbeszerzési szerződés odaítéléséről, azzal a szándékkal értékesít egy földterületet, hogy erre majd közbeszerzési szerződést ítél oda.

35 – Helyesnek és a közösségi joggal összeegyeztethetőnek vélem a fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott új német törvényt, amely többek között az építési koncesszió olyan fogalmát vezette be, amely egyértelműen megjelöli a koncessziós jogosult jogának időben korlátozott természetét.

A kilencedik kérdés ezzel szemben arra vonatkozik, hogy jogi szempontból kezelhető-e egységként a földterület adásvétele és az ezt követő odaítélés.

100. Mindkét kérdés, amint látható, arra vonatkozik, hogy van-e lehetőség a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi rendelkezések alkalmazásának elkerülését célzó esetleges jogsértések felderítésére e jogszabályok olyan alkalmazásán keresztül, amely eltekint az irányelvben is előirányzott jellemző időbeli sorrendtől.

101. Meg kell jegyezni azt is, hogy – tekintettel az előzetes döntéshozatalra előterjesztett eddigi kérdésekre, különösen a hetedikre, korábban általam válaszként javasoltakra – szükségtelen a nyolcadik és a kilencedik kérdésre az előterjesztő bíróság számára megoldást adni, mivel kizárt annak a lehetősége, hogy egy építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés vagy koncesszió a közösségi jog alapján összeegyeztethető legyen a feltételezett ajánlattevő/koncessziós jogosult érintett dolgokon fennálló tulajdonjogával. Mindazonáltal a teljesség kedvéért, és arra az esetre, ha a Bíróság nem osztja az előző kérdésekre vonatkozó megközelítésem, e pont tekintetében is teszek néhány rövid észrevételt.

102. A jelen ügyben észrevételeket előterjesztő jogalanyok közül egyedül a Bizottság mutat hajlandóságot elfogadni a kérdést előterjesztő bíróság által támogatott megközelítést. A Bizottság ugyanis, noha megállapítja, hogy a nemzeti jogalkalmazóra vár minden egyes egyedi eset értékelése, elismeri, hogy az olyan helyzetben, mint az alapeljárásban szereplő, főszabályként attól kezdve alkalmazható a 2004/18/EK irányelv, amint a közigazgatási szerv határozott a földterület átruházásáról. A többi fél ellenben, még ha némileg eltérően is, de úgy véli, hogy a közigazgatási szerv puszta szándéka irreleváns.

103. Nincs kétség azon tény felől, hogy – amint azt a kérdést előterjesztő bíróság megállapítja – a nyolcadik és kilencedik kérdésre adott válasznál nem lehet eltekinteni a Bíróság „Mödling”-ügyben hozott ítéletében[36] megállapítottaktól. A Bíróság ezen ítéletében olyan helyzetet vizsgált, amelyben az osztrák önkormányzat a hulladékgyűjtés szolgáltatásával közvetlenül megbízott egy teljes egészében maga az önkormányzat által ellenőrzött társaságot, még ha néhány nappal később át is ruházta a társaság 49%-át egy magánjogi jogalanyra. A Bíróság következésképpen megállapította, hogy egy olyan „mesterséges konstrukció”[37] esetén, amelynek lényegében az az eredménye, hogy a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó irányelvek tényleges érvényesülését korlátozza, a tényállás jogi értékelését „mindezen lépések és az

36 – Hivatkozás a fenti 10. lábjegyzetben.
37 – Uo., 40. pont.

odaítélés célkitűzéseinek figyelembevételével és nem pusztán időbeli lefolyásuk alapján”[38] kell lefolytatni.

104. Egyértelműnek tűnik számomra, hogy a Bíróságnak a „Mödling”-ügyben hozott ítéletében szereplő érvelése két pilléren nyugszik. A kifejezetten nevesített első pillér az irányelv hatékony érvényesülése megőrzésének szükségessége.[39] A hallgatólagos második azonban, amely alapjában véve ugyanezen érem másik oldalát jelenti, a joggal való visszaélések felderítésének szándéka.

105. A Bíróságnak a „Mödling”-ügyben hozott ítéletében megállapítottak minden bizonnyal általánosíthatók, és így lehetővé válik annak megállapítása, hogy a joggal való visszaélések elkerülése és a közbeszerzési szerződésekre vonatkozó közösségi szabályozás hatékony érvényesülésének biztosítása céljából két formálisan elkülönült aktus időrendi szempontból egyidejűnek vagy egyetlen jogi aktust létrehozónak is minősíthető.

106. Az értékelést természetesen a nemzeti bíróságnak kell elvégeznie, amely egyedüliként rendelkezik az összes e célból szükséges jogi és tényállási elemmel. Ugyanakkor a jogbiztonság biztosításának szükségességéhez kapcsolódó nyilvánvaló okokból néhány szigorú feltétel fennállása szükséges. A földterület átruházása és a közbeszerzési szerződés odaítélése között túlzottan hosszú időtartam nem telhet el, és szükség van olyan meggyőző elemekre, amelyek bizonyítják, hogy a közigazgatási szerv közbeszerzési szerződéshez kapcsolódó szándéka már fennállt a földterület adásvételének pillanatában is. Az egyértelmű visszaélések eseteinek kivételével, amelyeknél a szabályok megkerülésének szándéka már a kezdetektől nyilvánvaló, csak utólagos értékelés tudja megfelelően figyelembe venni az összes nevezett elemet.

107. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett nyolcadik és kilencedik kérdésre azt a választ javasolom adni – amennyiben szükséges –, hogy a közbeszerzési szerződésekre és a koncessziókra vonatkozó közösségi rendelkezések megkerülésének szándékát jelző nyilvánvaló elemek fennállása esetén egy tényállás jogi értékelése során megállapítható, hogy egyetlen jogi aktus hozta létre a két formálisan – időrendi szempontból is – elkülönült aktust, azaz a földterület átruházását és az arra vonatkozó közbeszerzési szerződés vagy koncesszió odaítélését. A nemzeti bíróságra vár az ügy összes körülménye alapján e megkerülési szándék fennállásának vizsgálata.

38 – Uo., 41. pont.
39 – Uo., 42. pont.

V – Végkövetkeztetések

108. Végeredményben az Oberlandesgericht Düsseldorf előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdéseire az alábbi válaszokat javasolom:

„Az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv értelmében az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés vagy az építési koncesszió fennállásához szükséges, hogy közvetlen kapcsolat legyen a közigazgatási szerv és a megvalósításra váró munkák vagy építmények között. Ez a közvetlen kapcsolat alapulhat nevezetesen azon a tényen, hogy a közigazgatási szerv megszerzi az építmény tulajdonát, avagy közvetlen gazdasági előnyhöz jut, illetve ezenkívül azon a tényen, hogy az ajánlatkérő kezdeményezi a megvalósítást, vagy legalább részben viseli ennek költségeit.

Az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződés és az építési koncesszió fogalma a 2004/18/EK irányelv értelmében azt feltételezi, hogy az ajánlattevő szerződés által kötelezett a közigazgatási szerv irányába a megállapodott szolgáltatás tekintetében. Az ajánlattevő esetleges kötelezettségszegése miatti következmények megállapítása a nemzeti jogba tartozó kérdés.

A 2004/18/EK irányelv értelmében az építési koncesszió soha nem jelentheti a koncessziós jogosult időben korlátlan jogának elismerését a koncesszió tárgyára vonatkozóan.

A közbeszerzési szerződésekre és a koncessziókra vonatkozó közösségi rendelkezések megkerülésének szándékát jelző nyilvánvaló elemek fennállása esetén egy tényállás jogi értékelése során megállapítható, hogy egyetlen jogi aktus hozta létre a két formálisan – időrendi szempontból is – elkülönült aktust, azaz a földterület átruházását és az arra vonatkozó közbeszerzési szerződés vagy koncesszió odaítélését. A nemzeti bíróságra vár az ügy összes körülménye alapján e megkerülési szándék fennállásának vizsgálata."