YVES BOT
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2009. október 27.[1]

1. A jelen előzetes döntéshozatal iránti kérelmében a Landgericht Frankfurt am Main (Németország) lényegében az átláthatósági kötelezettség hatályával, illetve a szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás során történő megsértésének következményeivel kapcsolatban tesz fel kérdéseket.

2. E kérelmet a Wall AG vállalkozás[2] és Frankfurt am Main város, valamint a Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH vállalkozás[3] között e város területén nyilvános illemhely üzemeltetésére, karbantartására, és tisztítására vonatkozó koncessziós szerződés teljesítése tárgyában folyamatban lévő eljárásban terjesztették elő.

3. Ez az ügy lehetőséget nyújt a Bíróság számára, hogy pontosan meghatározza azokat a feltételeket, amelyek esetén az ajánlatkérő hozzájárulhat a koncessziós szerződés módosításához annak teljesítése során, anélkül hogy megsértené az átláthatósági kötelezettséget.

4. Emellett arra is lehetőséget nyújt a Bíróság számára, hogy pontosan meghatározza azokat a feltételeket, amelyek esetén e kötelezettség a magán- és közszféra közötti partnerség keretében vegyes tőkéből alapított jogalanyra nézve is kötelező.

5. Végül a Landgericht Frankfurt am Main által feltett kérdések lehetőséget nyújtanak a Bíróság számára, hogy pontosan meghatározza a szolgáltatási koncessziók keretében elfogadott határozatok bírósági felülvizsgálatának szabályait. A Bíróságnak különösen azt kell megvizsgálnia, hogy amennyiben az illetékes nemzeti bíróság megállapítja az átláthatósági kötelezettség megsértését a szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás során, a közösségi jog előírja-e a tagállamok számára, hogy elismerjék nemzeti bíróságaiknak a szerződés feleivel szemben intézkedések elrendelésére vonatkozó jogkörét.

1 – Eredeti nyelv: francia.
2 – A továbbiakban: felperes.
3 – A továbbiakban: FES.

I – Közösségi jogi háttér

A – *Elsődleges jog*

6. Az EK-Szerződés nem korlátozza a tagállamokat abban, hogy szolgáltatási koncessziós szerződéseket kössenek, amennyiben ezek odaítélésének módja megfelel azon rendelkezéseknek, amelyek kialakítják és biztosítják az egységes piac megfelelő működését.

7. Ennek megfelelően, mint minden olyan állami aktusnak, amely gazdasági tevékenységgel járó szolgáltatás feltételeit állapítja meg, a koncesszió odaítélésének meg kell felelnie a Szerződésben a letelepedési joggal (EK 43. cikk) és a szolgáltatásnyújtás szabadságával (EK 49. cikk) kapcsolatban rögzített elveknek, valamint az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetést tiltó szabályoknak (az EK 12. cikk első bekezdése).

8. A koncesszió odaítélése során emellett tiszteletben kell tartani azokat az elveket, amelyeket a Bíróság az említett rendelkezések alapján alakított ki, és különösen az egyenlő bánásmód és az átláthatóság elvét, amelyek hatályát az alábbiakban fejtjük ki. Bár ez az ítélkezési gyakorlat különösen közbeszerzési szerződésekkel összefüggő jogvitákkal kapcsolatos, az abból fakadó elvek hatálya meghaladja e szerződések kereteit. Abból a feltételezésből indulunk ki, hogy ezek az elvek alkalmazandók más helyzetekre is, így különösen a koncessziókra.

B – *A másodlagos jog*

9. A szolgáltatási koncessziós szerződések a közösségi jog jelen állapotában nem tartoznak egyetlen másodlagos jogforrás hatálya alá sem.[4] Ugyanakkor a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó irányelvek rendelkezései lehetővé teszik az ilyen típusú szerződések odaítélése bizonyos módjainak értékelését.

1. A szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló szabályozás

10. Az „ajánlatkérő” fogalmát először a 92/50/EGK irányelv[5] 1. cikkének b) pontja

4 – Jelenleg a másodlagos közösségi jog csak a klasszikus ágazatokban odaítélt építési koncessziókra alkalmazandó rendelkezéseket tartalmaz.

5 – A 2001. szeptember 13-i 2001/78/EK bizottsági irányelvvel (HL L 285., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 4. kötet, 94. o.) módosított, a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelv (HL L 209., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 322. o.).

határozta meg. A nyolcadik preambulumbekezdésének megfelelően az irányelv a „szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződésekre”[6] vonatkozik, és ezáltal hatálya nem terjed ki a szolgáltatási koncessziókra. A 92/50 irányelv célja a szolgáltatások és áruk szabad mozgását érintő akadályok megszüntetése, és ezáltal azon gazdasági szereplők érdekeinek védelme, amelyek valamely másik tagállamban székhellyel rendelkező ajánlatkérők számára kívánnak árut vagy szolgáltatást felkínálni.[7]

11. Az irányelv 1. cikkének b) pontja a következőképpen határozza meg az „ajánlatkérő” fogalmát:

„ajánlatkérő: az állam, a területi vagy települési önkormányzat, a közjogi intézmény, egy vagy több ilyen szervezet vagy közjogi szerv által alapított társulás;

Közjogi intézmény alatt értendő minden olyan intézmény:

– amely kifejezetten közfeladat ellátására jött létre, és amely nem ipari vagy kereskedelmi jellegű, továbbá

és

– amely jogi személyiséggel rendelkezik, valamint

és

– amelyet többségi részben az állam, vagy a területi vagy a települési önkormányzat, vagy egyéb közjogi intézmény finanszíroz; vagy amelynek irányítása e szervek felügyelete alatt áll; vagy olyan ügyviteli testülete, igazgatósága vagy felügyelőbizottsága van, amely tagjainak több mint a felét az állam, területi vagy települési önkormányzat, vagy egyéb közjogi intézmény nevezi ki.

6 – Az irányelv 1. cikkének a) pontja szerint „egy szolgáltató és egy ajánlatkérő közötti visszterhes írásbeli szerződésről” van szó. Az irányelv értelmében a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződés ellenszolgáltatással jár, amelyet az ajánlatkérő közvetlenül a szolgáltatónak fizet meg.

7 – A C-237/99. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2001. február 1-jén hozott ítélet (EBHT 2001., I-939. o.) 41. és 42. pontja, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

[…]”

b) pontjának második bekezdésében szereplő fogalmát.

12. A „szolgáltatási koncesszió” fogalmát a szolgáltatásnyújtásra, az árubeszerzésre és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó rendelkezéseket[8]. újraszabályozó 2004/18/EK irányelv[9] 1. cikkének (4) bekezdése határozza meg.

2. A 89/665/EGK irányelv

13. E rendelkezés szerint a szolgáltatási koncesszió „a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződéssel azonos típusú szerződés, kivéve azt a jellemzőjét, hogy a szolgáltatás ellenszolgáltatása vagy kizárólag a szolgáltatás hasznosításának joga, vagy e jog pénzbeli ellenszolgáltatással együtt”.

15. A 89/665/EGK irányelv[10] a közbeszerzésnek a közösségi verseny előtti megnyitása révén lehetővé teszi az átláthatóság és a megkülönböztetéstől mentesség garanciáinak jelentős növelését, arra kötelezve a tagállamokat, hogy hatékony és gyors jogorvoslatokat biztosítsanak a közbeszerzési irányelvek rendelkezéseinek megsértése esetén.[11] Ezen irányelv 1. cikke értelmében a tagállamok által megállapítandó részletes szabályok szerint azon személyeknek kell lehetőséget biztosítani jogorvoslati eljárás igénybevételére, akiknek érdekében áll vagy állt egy adott közbeszerzési szerződés elnyerése, és állítólagos jogsértést szenvedtek, vagy fennáll ennek a kockázata.

14. Emellett ez az irányelv 1. cikkének (9) bekezdésében azonos tartalommal átveszi a „közjogi intézmény” 92/50 irányelv 1. cikke

8 – A szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések vonatkozásában a 92/50 irányelv; az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződések vonatkozásában az 1976. december 21-i 77/62/EGK tanácsi irányelv (HL L 13., 1. o.) és az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések vonatkozásában az 1971. július 26-i 71/305/EGK tanácsi irányelv (HL L 185., 5. o.) (a továbbiakban együtt: közbeszerzési irányelvek).

9 – 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.).

10 – A 92/50 irányelvvel módosított, 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 (HL L 395., 33. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 246. o.) (a továbbiakban: 89/665 irányelv). Ezt az irányelvet legutóbb a 2007. december 11-i 2007/66/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 335, 31. o.) módosította.

11 – Míg a 89/665 irányelv 1. cikke kizárólag az építési beruházásokra és az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződésekre vonatkozott, a 2007/66 irányelv hatálya kiterjed a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződésekre is.

16. Mivel a közbeszerzési szerződések odaítélésére vonatkozó eljárások időtartama rövid, a 89/665 irányelv 2. cikke szerint az említett jogorvoslati eljárásoknak nem csak az állítólagos jogsértések sürgősséggel történő kezelését és ideiglenes intézkedések elfogadását kell lehetővé tenniük, hanem a jogellenesen meghozott határozatok megsemmisítését és a jogsértést szenvedett személyek kárának megtérítését is. E rendelkezés a következőképpen szól:

„(1) A tagállamok biztosítják, hogy az 1. cikkben meghatározott jogorvoslati eljárások érdekében hozott intézkedések hatáskört adjanak:

a) a lehető legrövidebb időn belül és közbenső határozat útján ideiglenes intézkedések megtételére az állítólagos jogsértések orvoslása vagy az érintett érdekek további sérelmének elkerülése céljából, beleértve a közbeszerzési szerződés odaítélésére vonatkozó eljárásnak vagy az ajánlatkérő által meghozott bármely határozat végrehajtásának a felfüggesztését vagy felfüggesztetését;

b) a jogellenesen meghozott határozatok megsemmisítésére vagy megsemmisíttetésére […]

c) jogsértést szenvedett személyek részére kártérítés megítélésére.

[…]

6. Az (1) bekezdésben említett hatáskör gyakorlásának a szerződés odaítélése után megkötött szerződésre kifejtett hatásait a nemzeti jog határozza meg.

[…]”

17. Ahogy említettük, a 89/665 irányelvet a 2007/66 irányelv módosította. Utóbbi célja a nemzeti jogorvoslati eljárások hatékonyságának fokozása, továbbá pontosan meghatározza azokat az eseteket, amelyekben a közbeszerzési eljárások szabályainak megsértésével kötött szerződéseket érvénytelennek kell tekinteni.

3. A 80/723/EGK irányelv

18. A 80/723/EGK irányelv[12] 2. cikke a következőket mondja ki:

„(1) Ennek az irányelvnek az alkalmazásában:

[…]

b) a »közvállalkozások«: minden olyan vállalkozás, amelyre a hatóságok közvetve vagy közvetlenül meghatározó befolyást gyakorolhatnak annak tulajdonosaként, a vállalkozásban fennálló pénzügyi részesedésükön keresztül vagy a vállalkozásra vonatkozó szabályok által.

[…]

12 – A 2000. július 26-i 2000/52/EK bizottsági irányelvvel (HL 193., 75. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 2. kötet, 11. o.) módosított, a tagállamok és a közvállalkozások közötti pénzügyi kapcsolatok átláthatóságáról szóló, 1980. június 25-i 80/723/EGK bizottsági irányelv (HL L 195., 35. o.; magyar nyelvű különkiadás 8. fejezet, 1. kötet, 20. o.; a továbbiakban: 80/723 irányelv).

(2) A hatóságok meghatározó befolyása vélelmezhető abban az esetben, ha ezek a hatóságok, közvetlenül vagy közvetve, egy vállalkozással kapcsolatban:

a) a vállalkozás jegyzett tőkéjének többségi tulajdonosai; vagy

b) a vállalkozás által kibocsátott részvényekhez kötődő szavazati jogok többségével rendelkeznek; vagy

c) a vállalkozás igazgatási, vezetői vagy felügyeleti testülete tagjainak több mint a felét kijelölhetik.”

II – Az tényállás és az alapeljárás

19. Az érvelésünk szempontjából releváns-nak tűnő tényállást a következők szerint foglaljuk össze.

20. A jelen ügyben szóban forgó szerződés a 2004/18 irányelv 1. cikkének (4) bekezdése szerinti szolgáltatási koncessziós szerződés. A szerződést a települési önkormányzatként a 92/50 irányelv 1. cikkének b) pontja alapján „ajánlatkérőnek" minősülő Frankfurt am Main város és a FES vállalkozás kötötte. A szerződés tárgya tizenegy nyilvános illemhely üzemeltetése, karbantartása és tisztítása Frankfurt am Main város területén, valamint tartalmazza két nyilvános illemhely felújítását a Rödelheim, illetve a Galluswarte pályaudvarokon, ami ezen irányelv 8. cikke és I. A. melléklete szerinti szolgáltatásnak minősül.

21. A szóban forgó szerződést tizenhat éves tartamra kötötték. A FES, mint fővállalkozó, Frankfurt am Main város részéről nem részesül díjazásban, hanem díjat szed a használóktól, valamint kizárólagos joggal rendelkezik az illemhelyek reklámfelületként való felhasználására. E a díjazási módhoz hozzátartozik, hogy a kérdéses szolgáltatás működtetési kockázatát a FES vállalja.

22. A koncessziót a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat alapján ítélték oda a FES-nek. A vállalkozások által benyújtott ajánlatokat, köztük a FES és a felperes ajánlatát több, a pályázati felhívásban meghatározott odaítélési szempont szerint értékelték. Ahogy az az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből kitűnik, e szempontok mindegyikét súlyozták, és azokat a Frankfurt am Main város által nekik tulajdonított jelentőség szerint csökkenő sorrendben tüntették fel.[13]

23. Ajánlatában a FES jelezte, hogy a felperes az alvállalkozója a hirdetési szolgáltatások, illetve az odaítélt szolgáltatások nyújtásához szükséges illemhelyek szállítása tekintetében. Kifejezetten utalt emellett arra, hogy a felperes ezen ágazatokban világszerte ismert, és műszaki szakértelemmel rendelkezik. Frankfurt am Main város a FES ajánlatát fogadta el.

24. A koncessziós szerződés július 20-i és 22-i megkötését követően 2005. január 5-én a FES felkérte a felperest, valamint a beavatkozót, a Deutsche Städte Medien GmbH-t[14], hogy a hirdetési szolgáltatások tekintetében nyújtsanak be ajánlatot, 2005. július 28-án pedig arra, hogy az illemhelyek szállítása tekintetében

13 – Sorrendben: korlátozott hirdetési célkitűzések (30%), a működtető tervének megfelelősége (nyilvános illemhelyek) (15%), a hirdetési projekt megfelelő jellege (10%), a projekt biztonsági megfelelősége (10%), a nyilvános illemhelyek használhatósága (10%), a nyilvános illemhelyek hasznossága (10%), a nyilvános illemhelyek beilleszthetősége a városi környezetbe (5%), a nyilvános illemhelyek esztétikai minősége (5%) és a nyilvános illemhelyek környezeti hatása (5%).

14 – E vállalkozás nem más, mint a Ströer City-Marketing GmbH, legnagyobb versenytársa a koncesszió elnyerésében (a továbbiakban: DSM).

nyújtsanak be ajánlatot. A felperes ajánlatait elutasították.

25. A koncessziós szerződés 30. §-a (4) bekezdésének alkalmazásában a FES azt kérte Frankfurt am Main várostól, hogy járuljon hozzá az alvállalkozó személyének módosításához. Utóbbi ezzel kapcsolatban nem tett ellenvetést, emellett pedig jelezte, hogy e módosítás ellenére az ajánlattételhez szükséges dokumentációban szereplő szabványoknak eleget fognak tenni.

26. A nemzeti bíróság előtt a felperes arra hivatkozik, hogy Frankfurt am Main város az említett módosítás elfogadásával megsértette az átláthatósági kötelezettséget, ami által lényegesen módosította a FES-sel kötött koncessziós szerződést.

III – Az előzetes döntéshozatalra utalás

27. A Landgericht Frankfurt am Main úgy határozott, hogy felfüggeszti az eljárást, és előzetes döntéshozatal céljából az alábbi kérdéseket terjeszti a Bíróság elé:

„1. Úgy kell-e értelmezni az [EK] 12., [EK] 43. és [EK] 49. cikkben kifejezésre jutó egyenlő bánásmód elvét és az állampolgárságon alapuló hátrányos megkülönböztetés közösségi jogi tilalmát, hogy az ezekből eredő, a hatóságokat terhelő átláthatósági kötelezettségek, miszerint a szolgáltatási koncessziók odaítélését megfelelő mértékű nyilvánosság biztosításával meg kell nyitni a verseny előtt, és lehetővé kell tenni az odaítélési eljárás pártatlanságának ellenőrzését[15], megkövetelik, hogy a nemzeti jog a sikertelen pályázók számára biztosítsa az e kötelezettségek megszegése veszélyének megelőzésére és/vagy az ilyen kötelezettségszegés abbahagyására irányuló intézkedések elrendelése iránti igényt?

2. Amennyiben az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésre nemleges válasz adandó: a [fent említett] átláthatósági kötelezettségek az Európai Közösségek szokásjogához tartoznak-e abban az értelemben, hogy azokat már folyamatosan, állandóan, egyformán és általánosan alkalmazzák, valamint az érintett jogalanyok kötelező normaként ismerik el?

3. Megkövetelik-e az első pontban megnevezett átláthatósági kötelezettségek

15 – A kérdést előterjesztő bíróság a Bíróság C-324/98. sz., Telaustria és Telefonadress ügyben 2000. december 7-én hozott ítéletének (EBHT 2000., I-10745. o.) 60–62. pontjára; a C-231/03. sz. Coname-ügyben 2005. július 21-én hozott ítéletének (EBHT 2005., I-7287. o.) 17–22. pontjára; a C-458/03. sz. Parking Brixen ügyben 2005. október 13-án hozott ítéletének (EBHT 2005., I-8585. o.) 46–50. pontjára; a C-410/04. sz. ANAV-ügyben 2006. április 6-án hozott ítéletének (EBHT 2006., I-3303. o.) 21. pontjára és a C-260/04. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2007. szeptember 13-án hozott ítéletének (EBHT 2007 I-7083. o.) 24. pontjára utal.

szolgáltatási koncessziós szerződés tervezett módosítása esetén is – ideértve a pályázat elnyerésében döntőnek bizonyuló alvállalkozó személyének megváltoztatását –, hogy az erre vonatkozó tárgyalásokat megfelelő mértékű nyilvánosság biztosításával ismét megnyissák a verseny előtt, illetve milyen feltételek mellett lenne szükséges az ilyen megnyitás?

4. Úgy kell-e értelmezni az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésben megjelölt elveket és átláthatósági kötelezettségeket, hogy szolgáltatási koncesszióknál kötelezettségszegés esetén a kötelezettségszegés következtében kötött, tartós kötelmi jogviszony létesítésére vagy módosítására irányuló szerződést meg kell szüntetni?

5. Úgy kell-e értelmezni az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésben megjelölt elveket és átláthatósági kötelezettségeket, valamint az EK 86. cikk (1) bekezdését, adott esetben a [...] 80/723[…] irányelv 2. cikke (1) bekezdésének b) pontjával és (2) bekezdésével, valamint [...] 2004/18[…] irányelv 1. cikkének (9) bekezdésével összefüggésben értelmezve, hogy valamely vállalkozás mint közvállalkozás, illetve ajánlatkérő ezen átláthatósági kötelezettségek hatálya alá tartozik, ha

– hulladékártalmatlanítás és közúttisztítás céljára települési önkormányzat alapította, de emellett a szabad piacon is tevékenykedik,

– ez az önkormányzat e vállalkozásban 51%-os részesedéssel rendelkezik, azonban taggyűlési határozatokat csak háromnegyedes többséggel lehet elfogadni,

– az említett települési önkormányzat a vállalkozás felügyelőbizottsági tagjainak csupán egynegyedét nevezi ki, beleértve a felügyelőbizottság elnökét, és

– forgalmának több mint a fele az említett települési önkormányzat területén folytatandó hulladékártalmatlanítási és közúttisztítási szolgáltatásokra irányuló kétoldalú szerződésből származik, és az önkormányzat ennek ellenértékét a helyi lakosok által fizetett helyi adókból fedezi?”

28. Az alapügy felei, valamint az Európai Közösségek Bizottsága, továbbá az Európai Szabadkereskedelmi Társulás (EFTA) és hat tagállam[16] tett írásbeli és szóbeli észrevételeket.

IV – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések tárgya

29. A jelen előzetes döntéshozatal iránti kérelem vizsgálatát a harmadik és ötödik előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdéssel kezdjük, amelyek az átláthatósági kötelezettség hatályára vonatkoznak.

30. Harmadik kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság arra vár választ a Bíróságtól, hogy köteles-e az ajánlatkérő új pályázati eljárást indítani, amennyiben a fővállalkozó, amelynek a koncessziót odaítélték, annak végrehajtása érdekében más alvállalkozó szolgáltatásait kívánja igénybe venni, mint amelyet ajánlata benyújtásakor megjelölt. Emellett a kérdést előterjesztő bíróság ötödik kérdése arra irányul, hogy amennyiben egy fővállalkozó, mint a FES, amely vegyes tőkéből alapított jogalany, a 92/50 irányelv értelmében „ajánlatkérőnek" tekintendő-e, amelyre, mint ilyenre, vonatkozik az átláthatósági kötelezettség.

31. Ezen első két kérdés vizsgálatát követően elemzésünket az első, második és negyedik előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés vizsgálatával folytatjuk, amelyek lényegében a szolgáltatási koncessziók keretében elfogadott határozatok bírósági felülvizsgálatának módjaira vonatkoznak.

32. E három utóbbi kérdés csak akkor releváns, amennyiben a nemzeti bíróság úgy ítélné meg, hogy Frankfurt am Main város és/vagy a FES megsértette az átláthatósági kötelezettséget azzal, hogy a szóban forgó koncessziós szerződés teljesítése során megváltoztatták az alvállalkozó személyét.

V – Értékelés

33. Vizsgálatunk megkezdése előtt fontosnak tűnik emlékeztetni az átláthatósági kötelezettségre vonatkozó ítélkezési gyakorlat főbb vonalaira. Bár ez az ítélkezési gyakorlat részben a közbeszerzésekre vonatkozik, azt

16 – A Dán Királyság, a Németországi Szövetségi Köztársaság, a Holland Királyság, az Osztrák Köztársaság, a Francia Köztársaság, a Finn Köztársaság és végül Nagy-Britannia és Észak-Írország Egyesült Királysága.

a Szerződés alapelveiből kiindulva dolgozták ki, ezért relevánsnak véljük azt a közösségi jog szolgáltatási koncessziókra történő alkalmazása tekintetében is.

A – *Az átláthatósági kötelezettségre vonatkozó ítélkezési gyakorlat főbb vonalai*

34. Az állandó ítélkezési gyakorlatból következik, hogy az átláthatósági kötelezettség az egyenlő bánásmód elvének konkrét és különös kifejeződése.

35. A Bíróság hosszú ideje úgy ítéli meg, hogy ez az elv a közösségi jog alapelvei közé tartozik,[17] és azt a tagállamoknak tiszteletben kell tartaniuk, amennyiben eljárásuk a közösségi jog hatálya alá tartozik. Ez az elv megköveteli, hogy a hasonló helyzeteket ne kezeljék különbözően, kivéve ha a megkülönböztetés objektíve indokolt.[18] Az egyenlő bánásmód elve azon elvek közé tartozik, amelyeknek tiszteletben tartását a Bíróság biztosítja.[19]

36. Mint a közösségi jog általános elve, az egyenlő bánásmód elvének tiszteletben tartása köti a tagállamokat, ha közösségi szabályozásokat hajtanak végre. Ezért a tagállamok kötelesek lehetőleg olyan feltételekkel alkalmazni e szabályozásokat, amelyek nem sértik a közösségi jogrendben elismert alapvető jogok védelméből eredő követelmények.[20]

37. A Bíróság a Bizottság kontra Dánia és a Bizottság kontra Belgium ügyekben[21] határozta meg pontosan az egyenlő bánásmód elvének hatályát a közbeszerzések területén, és az erre vonatkozó ítélkezési gyakorlatot ültették azután át a szolgáltatási koncessziók területére.[22]

38. Az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elvének célja a közbeszerzési eljárásban részt vevő vállalkozások közötti egészséges és hatékony verseny kialakulásának elősegítése. Ezen elv tiszteletben tartása teszi

17 – A 117/76. és 16/77. sz., Ruckdeschel és társai egyesített ügyekben 1977. október 19-én hozott ítélet (EBHT 1977., 1753. o.) 7. pontja.

18 – Lásd különösen a 201/85. és 202/85. sz., Klensch és társai egyesített ügyekben 1986. november 25-én hozott ítélet (EBHT 1986., 3477. o.) 9. pontját és a C-442/00. sz. Rodríguez Caballero-ügyben 2002. december 12-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-11915. o.) 32. pontját, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

19 – A fent hivatkozott Rodríguez Caballero-ügyben hozott ítélet 32. pontja.

20 – Uo., 30. pont és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

21 – Lásd a C-243/89. sz., Bizottság kontra Dánia ügyben 1993. június 22-én hozott ítélet (EBHT 1993., I-3353. o.) 37–39. pontját, a C-87/94. sz., Bizottság kontra *Belgium* ügyben 1996. április 25-én hozott *ítéletet* (EBHT 1996., I-2043. o.), különösen annak 51–56. pontját. Lásd még a C-496/99. P. sz., Bizottság kontra *CAS Succhi di Frutta* ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-3801. o.] 108. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

22 – Lásd a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 48. pontját.

lehetővé az ajánlatok objektív összehasonlításának biztosítását, és az az eljárás minden szakaszában kötelező. Állampolgárságuktól függetlenül minden ajánlattevőnek azonos lehetőségekkel kell rendelkeznie ajánlati feltételei kidolgozására.[23] Másként fogalmazva a játékszabályokat minden potenciális ajánlattevő számára ismertté kell tenni, és azokat ugyanúgy kell alkalmazni mindegyikükre.

39. A közösségi bíróság szerint az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elvének tiszteletben tartása az állampolgárságon alapuló hátrányos megkülönböztetés hiányát és átláthatósági kötelezettséget foglal magában, amely lehetővé teszi, hogy a koncesszióba adó hatóság biztosítsa ezen elv tiszteletben tartását.[24]

40. A Bíróság a fent hivatkozott Telaustria és Telefonadress, valamint Parking Brixen ügyekben pontosan meghatározta az átláthatósági kötelezettség hatályát. A közösségi bíróság szerint e kötelezettség alapvető célja az ajánlatkérő részéről a részrehajlás és az önkényesség kockázata hiányának biztosítása. Ezen kötelezettség azt jelenti, hogy minden potenciális ajánlattevő számára biztosítani kell az odaítélési eljárás megfelelő mértékű nyilvánosságát, ami lehetővé teszi az eljárás versenyre történő megnyitását és pártatlanságának ellenőrzését. Azt is megköveteli, hogy az odaítélési eljárás valamennyi feltétele és szabálya érthetően, pontosan és egyértelműen legyen megfogalmazva az ajánlati felhívásban vagy a dokumentációban. Ennek lehetővé kell tennie, hogy minden átlagos szakmai tudással rendelkező ajánlattevő az általános gondosság gyakorlása mellett megértse azok pontos tartalmát, és ugyanúgy tudja értelmezni őket. Azt is lehetővé kell tennie az ajánlatkérő számára, hogy hatékonyan ellenőrizze, hogy az ajánlattevők ajánlatai megfelelnek-e az érintett közbeszerzésre vonatkozó követelményeknek.[25]

41. A Bíróság ítélkezési gyakorlatának vizsgálata azt bizonyítja, hogy szoros összefüggés van az átláthatósági kötelezettség és az egyenlő bánásmód elve között. Az első célja a második hatékony érvényesülésének biztosítása, az egészséges verseny feltételeinek garantálása mellett. Mivel az egyenlő bánásmód elve, mint olyan, a közösségi jog alapvető elve, az annak konkrét és különös kifejeződését képező átláthatósági kötelezettség tiszteletben tartása ugyanolyan mértékben kötelező a tagállamok számára.

23 – Lásd a fent hivatkozott Bizottság kontra *Belgium* ügyben hozott ítélet 54–56. pontját. Ebben az ügyben a Bíróság elismerte, hogy az említett elv kizárja, hogy az ajánlatkérő jogalany figyelembe vegye az egyetlen ajánlattevő által tett ajánlatok módosítását, mivel az utóbbi versenytársaihoz képest előnyben részesült.

24 – Lásd a fent hivatkozott Bizottság kontra *CAS Succhi di Frutta ügyben hozott ítélet 109. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot, valamint a* Parking Brixen ügyben hozott ítélet 48. pontját *és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.*

25 – A fent hivatkozott Telaustria és Telefonadress ügyben hozott ítélet 61. és 62. pontja, valamint a Parking Brixen ügyben hozott ítélet 111. pontja.

B – *Az átláthatósági kötelezettség terjedelméről*

1. Az átláthatósági kötelezettség tárgyi hatályáról

42. Harmadik kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság arra vár választ a Bíróságtól, hogy köteles-e az ajánlatkérő új pályázati eljárást indítani, amennyiben a fővállalkozó, amelynek a koncessziót odaítélték, annak végrehajtása érdekében más alvállalkozó szolgáltatásait kívánja igénybe venni, mint amelyet ajánlata benyújtásakor megjelölt.

43. E kérdés megválaszolása érdekében fontosnak tartjuk annak a módnak a vizsgálatát, amely szerint az átláthatósági kötelezettséget a szolgáltatási koncesszió sajátosságaira figyelemmel alkalmazni kell. Az ugyanis célját és végrehajtási módját tekintve jelentősen különbözik a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződésektől.

44. Bármilyen összetett és kifinomult is legyen, a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződés általában egy szolgáltatás közjogi személy általi megvétele, melynek tárgya egy vállalkozás által nyújtott, pontosan meghatározott szolgáltatás. Ezzel szemben a szolgáltatási koncesszió a közszolgáltatások igazgatása átruházásának módja, amely révén a közjogi személy a közigazgatástól elkülönülő szolgáltatóra bízza a közérdekű tevékenység igazgatását, illetve rá ruházza az azért való felelősséget a felhasználókkal szemben, mindezt jelentős időtartamra. Az ajánlatkérő, akár hatóság, akár közjogi intézmény, a továbbiakban nem igazgatja a szolgáltatást, és az annak megszervezéséért való felelősséget a koncessziós jogosultra ruházza.[26] Utóbbi saját költségére működteti a szolgáltatást, és vállalja a vonatkozó működtetési kockázatot, díjazást pedig azt biztosítja, hogy díjat szed a szolgáltatás igénybevevőitől.

45. A közösségi jognak a közszolgáltatások ilyen szerződéses igazgatási módra történő alkalmazásánál figyelembe kell venni bizonyos szükségszerűségeket.

46. A szerződés megkötésének szakaszában össze kell hangolni az átláthatósági kötelezettséget az ajánlatkérőnek az ajánlatok értékelése, illetve a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat meghatározása terén fennálló jelentős szabadságával. A gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat az, amelyik a szó tág értelmében a legjobb gazdasági megoldást jelenti a közszükséglet kielégítésére, figyelemmel

26 – A C-272/91. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1994. április 26-án hozott ítélet (EBHT 1994., I-1409. o.).

a megállapított szempontokra, illetve azok súlyozására. Az ajánlatkérőnek lehetőséggel kell rendelkeznie azon szolgáltató kiválasztására, amely referenciái, ajánlata minősége, az ágazatot érintő ismeretei és az általa keltett bizalom alapján álláspontja szerint a lehető legtöbb garanciát nyújtja a szolgáltatás megfelelő elvégzésére. A szolgáltatási koncesszió sajátossága lehetővé teszi tehát a szolgáltató széleskörű szempontrendszer alapján történő kiválasztását, az *intuitu personae* (személyre tekintettel lévő) szempontok előnyben részesítésével. E választási szabadság ugyanakkor nem jelenti azt, hogy a koncesszió odaítélésének önkényesen és hátrányos megkülönböztetést alkalmazva kell megtörténnie. A vesztegetés megelőzése, valamint a gazdasági élet és a közügyek nagyobb fokú átláthatóságának biztosítása érdekében a bíróság az említett szabadság kereteit a közbeszerzési eljárásokra vonatkozó elvek alapján határozta meg. A tárgyalás, illetve döntés szabadsága tehát fennáll, azonban azt úgy kell gyakorolni, hogy tiszteletben tartják az előzetes nyilvánosság és versenyeztetés elvét, amelyek lehetővé teszik a pályázó kiválasztásának átláthatóságát, és biztosítják az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmódot.[27]

47. Ezt követően a szerződés teljesítésének szakaszában össze kell hangolni az átláthatósági kötelezettséget a közszolgáltatás érdekével, amely bizonyos körülmények között alkalmazkodást és a szerződés módosítását igényli.

48. Ahogy említettük, a koncessziós jogosult vállalja a szolgáltatás megszervezését, illetve működtetési kockázatát. Figyelemmel a szolgáltatási koncesszió összetett jellegére, illetve hosszú időtartamára, a koncessziós jogosultnak megfelelő mozgástérrel kell rendelkeznie, hogy alkalmazkodhasson a piaci feltételekhez, illetve a koncesszió gazdasági, technikai és jogi környezetében bekövetkező változásokhoz. Az előre nem látható kényszerhelyzetek, valamint a hosszú időtartamú beruházások során elkerülhetetlen végrehajtási nehézségek tehát különleges rugalmasságot és együttműködési készséget igényelnek a felektől. A szerződés újratárgyalásának okai tehát számosak. Ugyanakkor egyes ilyen okok visszaélések forrásai lehetnek, amennyiben veszélyeztetik a szerződés gazdaságosságát, és illuzórikussá teszik az eljárás átláthatóságát, illetve az ajánlattevők előzetes versenyeztetését. Ezért tehát meg kell vizsgálni, hogy a tervezett módosítás egyszerűen a szerződés jogos indokok által igazolt módosítása, vagy az olyan új szerződés megkötését eredményezi, amelynek a közösségi jog alapvető elvei szerint megfelelő nyilvánosság, illetve új versenyeztetési eljárás tárgyát kell képeznie.

27 – Ahogy arra az Európai Parlament rámutatott e szabályok tiszteletben tartása „hatékony eszköz lehet a verseny szükségtelen korlátozásával szemben, ami egyúttal lehetővé teheti a közhatalmi szerveknek, hogy saját maguk határozzák meg a minőséggel, a rendelkezésre állással, a szociális előírásokkal és a környezetvédelemmel kapcsolatos elvárásokat, valamint ellenőrizzék azokat” (az Európai Parlament határozata az általános érdekű szolgáltatásokról szóló zöld könyvről (P5_TA(2004) 0018), 32. pont).

49. A Bizottság kontra Franciaország ügyben[28] hozott ítéletben a Bíróság megállapította, hogy valamely közbeszerzési szerződés hatályosságának ideje alatt az annak rendelkezéseire vonatkozóan elfogadott módosításokat új szerződés-odaítélésnek kell tekinteni, amennyiben „[a folytatott tárgyalások] feltételeitől lényegesen eltérőeket határoznak meg, és következésképpen a feleknek e szerződés alapvető feltételeinek újratárgyalására vonatkozó szándékát igazolják”[29].

50. A Bíróság a pressetext Nachrichtenagentur ügyben hozott ítéletében[30] pontosította ezen indok tartalmát, négy hipotézist vázolva fel, amelyek alapján az ilyen jellegű módosítások lényegesnek tekinthetők.

51. Az első hipotézis szerint a módosítás olyan feltételeket határoz meg a szerződésben, amelyek ha szerepeltek volna az eredeti odaítélési eljárásban, az eredetileg részt vett ajánlattevőkön kívüli más ajánlattevők részvételét is lehetővé tették volna, vagy az eredetileg kiválasztott ajánlaton kívüli másik ajánlat kiválasztását is lehetővé tették volna.

52. A második hipotézis szerint a módosítás jelentős mértékben kiterjeszti a szerződést olyan szolgáltatásokra, amelyekre az eredetileg nem terjedt ki.

53. A harmadik hipotézis olyan helyzetre vonatkozik, amikor a módosítás a szerződés gazdasági egyensúlyát a nyertes ajánlattevő javára módosítja úgy, hogy ezt az eredeti szerződésben nem kötötték ki.

54. Végül a negyedik hipotézis arra a helyzetre vonatkozik, amikor új szerződő fél lép azon szerződő fél helyébe, akinek az ajánlatkérő eredetileg odaítélte a szerződést. Ez a módosítás a közbeszerzési szerződés egyik alapvető feltételét érintő változás, a Bíróság álláspontja szerint azzal a kivétellel „ha e helyettesítést az eredeti szerződésben – például alvállalkozás jogcímén – kikötötték”.

55. Ahogy említettük a Frankfurt am Main város és a FES között kötött koncessziós szerződés 30. §-ának (4) bekezdése lehetővé teszi az alvállalkozó személyének módosítását, amennyiben az ajánlatkérő ehhez hozzájárul. A jelen esetben követték ezt az eljárást.

56. A jelen ügyben tehát az a kérdés, hogy e kikötés létezése, illetve az erre vonatkozó eljárás követése ellenére az alvállalkozó

28 – A C-337/98. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2000. október 5-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-8377. o.).

29 – 44. és 46. pont.

30 – A C-454/06. sz. Pressetext Nachrichtenagentur ügyben 2008. június 19-én hozott ítélet (EBHT 2008., I-4401. o.) 35–37. és 40. pontja.

személyének megváltoztatását a közösségi ítélkezési gyakorlat értelmében az érintett szolgáltatási koncesszió egyik alapvető feltételét érintő módosításnak kell-e tekinteni.

57. Ennek értékelése kényes, amennyiben Frankfurt am Main város maga is hozzájárult a módosításhoz, mivel úgy vélte, hogy az ajánlattételhez szükséges dokumentációban szereplő szabványoknak eleget fognak tenni. Ugyanakkor figyelemmel azokra a sajátos körülményekre, amelyek között e változás bekövetkezett, úgy véljük, hogy a nemzeti bíróságnak meg kell győződnie arról, hogy az a jogi aktus, amellyel az önkormányzat hozzájárult a módosításhoz, nem vezet-e az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elvének, illetve az abból eredő átláthatósági kötelezettségnek a megkerüléséhez.

58. E vizsgálat érdekében fontosnak tartjuk emlékeztetni azokra a feltételekre, amelyek mellett a koncessziós jogosult alvállalkozót vehet igénybe.

59. Figyelemmel a koncessziós szerződések összetettségére és hosszú időtartamára, a koncessziós jogosult dönthet úgy, hogy a megrendelővel kötött szerződés teljesítését részben vagy egészben alvállalkozóra bízza. Elfogadott, hogy az alvállalkozó megválasztása a vállalkozót illető jogokon alapuló diszkrecionális aktus. E választási szabadság abból a szabályból ered, amely szerint a koncessziós jogosult teljes mértékben felel a koncesszió teljesítéséért, mivel az alvállalkozó csak vele áll szerződéses viszonyban, amely pedig, mint két magánjogi személy közötti szerződés, magánjogi jellegű.

60. Ugyanakkor ahhoz, hogy az jogszerű legyen, az alvállalkozó bevonásához hozzá kell járulnia az ajánlatkérőnek, vagy a szerződés megkötésekor, vagy annak teljesítése során. Ilyenkor az ajánlatkérő ellenőrzi az alvállalkozó műszaki és gazdasági alkalmasságát.[31]

61. Amennyiben az alvállalkozó személyét az ajánlat benyújtásakor megjelölik, az odaítélésről szóló értesítés foglalja magában az alvállalkozó elfogadását. Az ajánlatkérő általában akkor utasíthat el egy vállalkozást, mint alvállalkozót, ha az például adó- vagy társadalombiztosítási-járulék-fizetési kötelezettségét nem teljesítette, illetve nem rendelkezik a megfelelő képességekkel a rá bízott szolgáltatások megfelelő teljesítésére.

31 – A C-314/01. sz., Siemens és ARGE Telekom ügyben 2004. március 18-án hozott ítélet (EBHT 2004., I-2549. o.) 45. és 46. pontját, amely egy közbeszerzés odaítélésével volt kapcsolatos.

62. Az alvállalkozó igénybevétele nem korlátozódik az ajánlat benyújtásakor megjelölt esetre. A szerződés teljesítése során a fővállalkozó további alvállalkozókat is igénybe vehet, illetve jogos indokok, mint például a szolgáltatások tényleges minősége, illetve pénzügyi helyzete alapján módosíthatja azok személyét. Ez lehetővé teszi a fővállalkozó számára, hogy szolgáltatásai tekintetében alkalmazkodjon, illetve az alvállalkozási szerződés rendelkezéseinek megfelelően megváljon attól a vállalkozástól, amelyik nem teljesít megfelelően.

63. Amennyiben az alvállalkozó személyének módosítása szerepel a szerződésben, és az ajánlatkérő is hozzájárul ehhez, főszabály szerint nehezen lehet azt állítani, hogy e változás a szolgáltatási koncesszió egyik alapvető feltételét érintő módosítás, és így új versenyeztetési eljárást igényel.

64. Amikor ugyanis az ajánlatkérő megadja hozzájárulását, úgy ítéli meg, hogy az alvállalkozó személye a koncesszió tárgyát tekintve nem alapvető jelentőségű, és a fővállalkozóra bízott szolgáltatásokat e módosítástól függetlenül az ajánlattételhez szükséges dokumentációnak megfelelően fogják teljesíteni. Ez a helyzet akkor állhat elő, ha a szóban forgó piacon több olyan vállalkozás működik, amelyek jellegükben és minőségükben egyenértékű szolgáltatásokat kínálnak.

65. Emellett, amennyiben az ajánlatkérő lehetővé teszi, hogy a szerződés odaítélésére vonatkozó egyes feltételeket a koncessziós jogosult kiválasztását követően módosítani lehessen, és az ajánlatkéréshez szükséges dokumentációban kifejezetten feltünteti ezt a változtatási lehetőséget, illetve annak módjait, akkor minden, a koncesszióban való részvételben érdekelt vállalkozás már a kezdetektől fogva tisztában van azzal, és így ajánlataik kialakításánál egyenlő helyzetben vannak.

66. Ugyanakkor a koncessziós szerződés ilyen módosítása kifogásolhatónak tűnhet az alapügyben szereplőhöz hasonló helyzetekben.

67. Az alvállalkozó személyének a szerződés megkötése és az első szolgáltatások teljesítése közötti időpontban történő módosítása ugyanis jogos indok nélkül történik, amennyiben a koncessziós jogosult ajánlata benyújtása során hivatkozott az alvállalkozó ismertségére és műszaki szakértelmére.

68. Álláspontunk szerint az ilyen gyakorlat, még ha az ajánlatkérő el is fogadja,

sérti az átláthatósági kötelezettséget, illetve az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elvét. Ezzel az eljárással az ajánlatkérő kivonja a FES módosított ajánlatát a különböző pályázatok alapos és átlátható vizsgálata alól, ami alkalmas arra, hogy a vállalkozásnak indokolatlan előnyt biztosítson a szerződés megszerzéséhez.

69. Először is nem kizárt, hogy Frankfurt am Main város nem a FES által eredetileg benyújtott ajánlatot, hanem egy másik ajánlatot választott volna, ha abban a hirdetési szolgáltatásokkal kapcsolatos alvállalkozás kapcsán nem szerepelt volna több utalás a felperes előnyös tulajdonságaira, mint „hatékony és tapasztalt partnerre", a „hirdetési terület tapasztalt és világszerte ismert specialistájára", amelynek „termékei modernek és esztétikusak"[32].

70. Az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből világosan kitűnik, hogy a felperes alvállalkozóként való megjelölése tette lehetővé a FES számára a szóban forgó koncessziós szerződés elnyerését. A FES kiválasztása ugyanis a hirdetésekkel kapcsolatos szándékain alapult, tekintettel arra, hogy ezen odaítélési szempontra 27,3 pontot kapott, míg fő versenytársa, a jelen ügy beavatkozója 20,1 pontot. Az egyéb szempontok tekintetében Frankfurt am Main város a beavatkozónak azonos, illetve magasabb pontszámot adott. A rendelkezésünkre álló dokumentumokból tehát az következik, hogy a felperes szerepeltetése a FES összesített ajánlatában meghatározó jelentőséggel bírt a koncesszió odaítélésében.

71. Másodszor, a FES – amely a koncessziós szerződés elnyerését követően tárgyalásokat folytatott a hirdetési szolgáltatásokra, illetve az illemhelyek szállítása irányuló alvállalkozásról[33], amelyek a felperes jogos indok nélküli elutasítását eredményezték[34] – magatartása alapján a Frankfurt am Main város által elfogadott eredeti ajánlata csupán egy fedőajánlatnak tűnik, amelynek gazdasági értelme nem volt más, mint a komoly versenytársak legyőzése a koncesszió elnyerése érdekében, ugyanakkor azzal az azonnal kifejezett szándékkal, hogy e szerződést olyan gazdasági és műszaki feltételekkel hajtsa azután végre, amelyek eltérnek az ajánlatban szereplő, a versenyben részt vevő feltételektől.

72. Következésképpen az előzetes döntéshozatalra utaló végzés alapján a fenti elemek összességének fényében úgy véljük, hogy az

32 – Előzetes döntéshozatalra utaló végzés, 5. és 6. o..

33 – Miközben 2004. július 20-án és 22-én szolgáltatási koncessziós szerződést kötött Frankfurt am Main várossal, a FES 2005. január 5-én és július 28-án felkérte a felperest és a beavatkozót, hogy nyújtsanak be ajánlatot a hirdetési szolgáltatásokra, illetve az illemhelyek szállítására. A felperest ebben a szakaszban zárták ki, mint alvállalkozót.

34 – A jelen esetben nem észleltünk az iratokban olyan elemet, amely arra utalna, hogy a FES jogos indokra hivatkozhatna a tekintetben, hogy miért nem veszi igénybe az általa az ajánlat benyújtásakor megjelölt alvállalkozó szolgáltatásait. Ahogy arra a kérdést előterjesztő bíróság is rámutat, ez már csak azért is érthetetlen, mert a felperes lényegesen magasabb összegű éves díjazást ajánlott a FES-nek, mint a beavatkozó.

alvállalkozó személyének az első szolgáltatások nyújtását megelőző, semmiféle műszaki vagy pénzügyi nehézséggel alá nem támasztott módosítását kötelezően meg kellett volna előznie egy új versenyeztetési eljárásnak. Az alvállalkozó személye módosításának a közösségi jog által előírt nyilvánossági és versenyeztetési követelményeknek való megfelelés nélküli lehetővé tételével véleményünk szerint Frankfurt am Main város megsértette az átláthatósági kötelezettséget.

73. Ugyanis, bár a koncessziók esetében a közpénzek ténylegesen kevésbé érintettek, mint a közbeszerzéseknél, a szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárásnak is biztosítania kell a hatóság, illetve a felhasználók számára a legjobb minőségű szolgáltatást, mégpedig a különböző pályázatok alapos és átlátható vizsgálata alapján, amely tiszteletben tartja az ajánlattevőkkel szembeni egyenlő bánásmód elvét.

74. Amennyiben a kérdést előterjesztő bíróság az ügy iratai alapján megerősíti a tényállás ilyen értékelését, akkor álláspontunk szerint az ilyen jogsértésből eredő valamennyi következményt alkalmaznia kell.

75. Következésképpen azt javasoljuk a Bíróságnak, hogy azt a választ adja a kérdést előterjesztő bíróságnak, hogy amennyiben a szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás keretében az alvállalkozó személye olyan alapvető tényező, amelyre az ajánlatkérő a koncesszió odaítélése során támaszkodott, akkor az átláthatósági kötelezettség alapján a tagállamok kötelesek új versenyeztetési eljárást szervezni, ha a koncessziós jogosult az első szolgáltatások nyújtását megelőzően, jogos indok nélkül módosítani kívánja az alvállalkozó személyét. A hatáskörrel rendelkező nemzeti bíróság feladata annak értékelése, hogy a FES által az ajánlat benyújtásakor megjelölt alvállalkozó neve, hírneve és műszaki szakértelme olyan alapvető szempont volt-e, amely alapján Frankfurt am Main város a koncessziót e vállalkozásnak ítélte oda.

2. Az átláthatósági kötelezettség személyi hatályáról

76. Ötödik kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság arra vár választ, hogy figyelemmel az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban kifejtett jellegzetességeire egy olyan vállalkozást, mint a FES a 92/50 irányelv 1. cikkének b) pontja szerinti „ajánlatkérőnek", vagy a 80/723 irányelv 2. cikke szerinti „közvállalkozásnak" kell-e tekinteni, amelyre, mint ilyenre, a szolgáltatási koncesszió odaítélése során vonatkozik az átláthatóság követelménye.

77. A kérdést előterjesztő bíróság annyiban utal az említett irányelvekre, amennyiben semmilyen másodlagos jogi norma nem határozza meg pontosan, hogy mely jogalanyokra vonatkozik az átláthatósági kötelezettség.

78. Úgy véljük, hogy az ilyen szabályozás hiánya nem okoz kárt, mivel a közbeszerzések kapcsán a fentiekkel összefüggésben kialakított elvek álláspontunk szerint átültethetők a szolgáltatási koncessziók területére.

79. Fontosnak tartjuk ugyanis az ajánlatkérő fogalmának egységes meghatározását, mivel e fogalom célja, hogy magába foglaljon minden olyan közjogi jogalanyt, amely gazdasági tevékenység végzését harmadik személyre bízhatja, függetlenül a megkötött szerződés típusától, vagyis attól, hogy azt közbeszerzés vagy szolgáltatási koncesszió keretében kötik. E tekintetben érdekes megjegyezni, hogy a 92/50 irányelv hatályát nem a szóban forgó ügylet jellege alapján határozták meg, hanem az azt odaítélő személy jogalanyiságára figyelemmel, mivel az ajánlatkérő minden beszerzését az ezen irányelvben rögzített elveknek megfelelően kell odaítélni.

80. Ezzel szemben a „közvállalkozás” 80/273 irányelv 2. cikkében meghatározott fogalmára való utalás – és itt kiemelendő, hogy az irányelv a tagállamok és a közvállalkozások közötti pénzügyi kapcsolatok átláthatóságára vonatkozik – sokkal kevésbé tűnik számunkra relevánsnak. Figyelemmel a közjogi intézmény fogalma vizsgálatának keretében alább kifejtett elemekre, a nemzeti bíróság ugyanakkor vizsgálhatja, ha szükségesnek tartja, hogy egy olyan vállalkozás, mint a FES, „közvállalkozásnak”[35] tekinthető-e.

a) A „közjogi intézmény” 92/50 irányelvben használt fogalmáról

81. Mielőtt felidéznénk azokat feltételeket, amelyeket a 92/50 irányelv szab meg annak érdekében, hogy egy jogalanyt „ajánlatkérőnek” tekintsenek, előzetesen érdemes utalni arra, hogy a FES vegyes tulajdonú gazdasági vállalkozás, amelyet köz- és magánszféra közötti partnerség keretében hoztak létre.[36] Frankfurt am Main város 51%-os tulajdonrésszel rendelkezik a vállalkozásban.

35 – A 80/273 irányelv 2. cikkében a „közvállalkozásnak” minősülés tekintetében megfogalmazott feltételek azonosak a 92/50 irányelv 1. cikkében az „ajánlatkérőnek” minősülés tekintetében megfogalmazott feltételekkel.

36 – Lásd e tekintetben a vállalkozás honlapját: www.fes-frankfurt.de/profil („profil” és „chronik” rovatok).

82. A jelen ügy tehát lehetőséget nyújt a Bíróságnak arra, hogy meghatározza, hogy az ilyen jogalany a 92/50 irányelv szerinti „közjogi intézménynek" tekinthető-e, amely, mint ilyen, köteles a Szerződés alapvető elveinek tiszteletben tartására.

83. E vizsgálat megkezdése előtt azonban pontosan meg kell határozni, hogy mit takar a köz-és magánszféra közötti partnerség fogalma.

84. E partnerség olyan mechanizmus, amely összekapcsolja a rendszerint többségi tulajdonú köztőkét és a kisebbségi magántőkét, olyan jogi formában, amely főszabály szerint a kereskedelmi jog általános szabályainak hatálya alá tartozik. A köz- és magánszférabeli partnerek így vegyes tőkéből alapított jogalanyt hoznak létre, amely öltheti vegyes tulajdonú gazdasági vállalkozás formáját is, amely képes közbeszerzésekben részt venni, illetve koncesszió keretében helyi közszolgáltatást nyújtani. Ahogy arra a Bizottság egy friss közleményében[37] rámutat, ezen – legtöbbször hosszú távú – együttműködés fő jellemzője a magánfélként közreműködők szerepe: részt vesznek az adott projekt különböző szakaszaiban (tervezés, megvalósítás, hasznosítás), olyan kockázatokat vállalnak, amelyeket hagyományosan a közszféra szokott viselni, és gyakran hozzájárulnak a projekt finanszírozásához.[38]

37 – A Bizottság 2008. február 5-i értelmező közleménye a közbeszerzésekre és koncessziókra vonatkozó közösségi jognak az Intézményesített PPP-kre (IPPP) való alkalmazásáról (C(2007)6661).

38 – 2. oldal.

85. Ugyanakkor ez a vegyes tőkéből alapított jogalany a Bíróság ítélkezési gyakorlatának értelmében nem tekinthető a hatóság közszolgáltatás ellátására szolgáló „belső" irányítási struktúrájának. Így amikor az ajánlatkérő odaítél egy közbeszerzést, illetve egy koncessziót az ilyen jogalanynak, akkor be kell tartania a közbeszerzésekre, illetve a koncessziókra alkalmazandó szabályok összességét, függetlenül attól, hogy azok a Szerződésből, vagy a másodlagos jogból fakadnak-e.[39]

86. Ezt követően meg kell vizsgálni azokat a különböző feltételeket, amelyeket a 92/50 irányelv 1. cikkének b) pontja ír elő ahhoz, hogy egy jogalany „közjogi intézménynek" minősüljön.

87. A 92/50 irányelv 1. cikke b) pontjának második bekezdése szerint a közjogi intézmény olyan intézmény, amely jogi személyiséggel rendelkezik, kifejezetten közfeladat ellátására jött létre, és nem ipari vagy kereskedelmi jellegű, továbbá tevékenysége, finanszírozása, vagy ügyviteli testülete szorosan az

39 – A C-26/03. sz., Stadt Halle és *RPL Lochau* ügyben 2005. január 11-én hozott ítélete (EBHT 2005., I-1. o) óta, amely egy szolgáltatásra irányuló közbeszerzési szerződés vegyes tulajdonú gazdasági társaságnak való odaítéléséről szólt, a Bíróság úgy tekinti, hogy egy magánvállalkozás – akár kisebbségi – részesedése egy olyan társaság tőkéjében, amelyben a kérdéses ajánlatkérő szintén részesedéssel rendelkezik, mindenképpen kizárja azt, hogy az ajánlatkérő a saját szervei felett gyakorolt ellenőrzéssel megegyező módon ellenőrizze ezt a társaságot (49. pont). Lásd még a fent hivatkozott ANAV-ügyben hozott ítélet 30–32. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

államtól, a területi, illetve települési önkormányzattól vagy egyéb közjogi intézménytől függ.

88. A Bíróság állandó ítélkezési gyakorlata szerint e három feltétel konjunktív jellegű, vagyis amennyiben bármelyik hiányzik, az intézmény nem tekinthető „közjogi intézménynek", és így a 92/50 irányelv szerinti „ajánlatkérőnek"sem.[40]

89. Ezenfelül a közösségi közbeszerzési irányelvek célkitűzésére tekintettel a Bíróság álláspontja szerint a „közjogi intézmény" fogalmát funkcionálisan kell értelmezni.[41]

b) A közjogi intézmény fogalmi elemeinek vizsgálatáról

90. A jelen esetben a FES jogi személyisége nem vitatott. Kétségek a 92/50 irányelv által kialakított másik két előírással kapcsolatban merülnek fel.

i) A FES kifejezetten közfeladat ellátására való létrejöttéről, illetve ipari vagy kereskedelmi jellegének hiányáról

91. Mindenekelőtt meg kell állapítani, hogy a FES-t kifejezetten közfeladat ellátására hozták létre,[42] mivel megalakulása óta a hulladék kezelése és ártalmatlanítása, illetve köztisztasági szolgáltatások nyújtása volt a feladata Frankfurt am Main város területén.[43] Tevékenysége vitathatatlanul közérdeket szolgál. Ahogy az a Bíróság BFI Holding ügyben hozott ítéletéből is kitűnik,[44] e feladatokat a magánvállalkozások nem képesek teljes mértékben ellátni, mivel közegészségügyi, illetve környezetvédelmi szempontból szükségesnek tekintendők, és ezen indokok miatt az állam meghatározó befolyást kíván fenntartani azok felett.[45]

92. Ezt követően meg kell vizsgálni, hogy ezek a közfeladatok nem ipari vagy kereskedelmi

40 – Lásd a C-300/07. sz., Hans & Christophorus *Oymanns* ügyben 2009. június 11-én hozott ítélet (EBHT 2009., I-4779. o.) 48. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

41 – A C-393/06. sz. Ing. Aigner ügyben 2008. április 10-én hozott ítélet (EBHT 2008., I-2339. o.) 37. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

42 – Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint olyan feladatokról van szó, amelyeknél a közérdekhez fűződő okok miatt az állam, illetve a területi vagy települési önkormányzat általában úgy dönt, hogy azokat maga elégíti ki, vagy amelyeknél fenntartja magának a meghatározó befolyást (a fent hivatkozott Ing. Aigner ügyben hozott ítélet 40. pontja és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat). A Bíróság azt is elismerte, hogy ilyen a hivatalos dokumentumok – útlevelek, jogosítványok, vagy személyi igazolványok – előállítása (C-44/96. sz., Mannesmann Anlagenbau Austria és társai ügyben 1998. január 15-én hozott ítélet [EBHT 1998., I-73. o.]), az állami erdők fenntartása (C-353/96. sz., Bizottság kontra Írország ügyben 1998. december 17-én hozott ítélet [EBHT 1998., I-8565. o.]), az egyetemek irányítása (C-380/98. sz. University of Cambridge ügyben 2000. október 3-án hozott ítélet [EBHT 2000., I-8035. o.]), vagy éppen a nyilvános távközlési hálózat üzemeltetése (a fent hivatkozott Telaustria és Telefonadress ügyben hozott ítélet).

43 – A C-470/99. sz., Universale-Bau és társai ügyben 2002. december 12-én hozott ítéletben (EBHT 2002., I-11617. o.) a Bíróság elfogadta, hogy az intézménynek nem kell szükségszerűen eredetileg is ezt a feladatot ellátnia.

44 – A C-360/96. sz. BFI Holding ügyben 1998. november 10-én hozott ítélet (EBHT 1998., I-6821. o.).

45 – 51–53. pont.

jellegűek-e. Ez azonban már kényesebb kérdés.

93. Nagyszámú ítélet született az ilyen feladatok létezésének értékelési módjairól.[46] A Bíróság szerint valamennyi potenciálisan releváns jogi és ténybeli elemet figyelembe kell venni, mint például az érintett intézmény létrehozását motiváló körülményeket, valamint az intézmény tevékenysége folytatásának a körülményeit. E tekintetben a Bíróság szerint különösen fontos annak a vizsgálata, hogy az érintett intézmény a tevékenységét rendes versenyfeltételek között végzi-e.[47] Ennek érdekében a Bíróság megvizsgálja azon termékek és szolgáltatások piacának helyzetét, amelyekre az intézményt létrehozták. Bár a verseny megléte arra utaló körülmény lehet, hogy a közérdekű cél ipari vagy kereskedelmi jellegű, e körülmény azonban nem elegendő.[48]Azt is meg kell vizsgálni, hogy az intézmény haszonszerzései céllal működik-e, viseli-e a tevékenységéből erredő veszteségeket, illetve közfinanszírozásból végzi-e a szóban forgó tevékenységet.[49]

46 – Különösen a C-223/99. és C-260/99. sz., Agorà és Excelsior egyesített ügyekben 2001. május 10-én hozott ítéletre (EBHT 2001., I-3605. o.), a C-373/00. sz. *Adolf Truley*-ügyben 2003. február 27-én hozott ítéletre (EBHT 2003., I-1931. o.), a C-18/01. sz., Korhonen és társai ügyben 2003. május 22-én hozott ítéletre (EBHT 2003., I-5321. o.), valamint a fent hivatkozott BFI Holding ügyben hozott ítéletre, a fent hivatkozott Mannesmann Anlagenbau Austria és társai ügyben hozott ítéletre és a fent hivatkozott Ing. Aigner ügyben hozott ítéletre utalunk.

47 – A fent hivatkozott Ing. Aigner ügyben hozott ítélet 41. pontja és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

48 – A fent hivatkozott Adolf Truley-ügyben hozott ítéletben a Bíróság megállapította, hogy a széles körű verseny megléte önmagában nem teszi lehetővé azon következtetés levonását, mely szerint nem áll fenn nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladat (61. pont).

49 – A fent hivatkozott Korhonen és társai ügyben hozott ítélet 55–59. pontja.

94. Nem ismerjük kellőképpen az ügy elemeit ahhoz, hogy megfelelően értékelni tudjunk valamennyi ilyen körülményt. Az iratokat kellő mélységben egyedül ismerő, kérdést előterjesztő bíróság feladata azok vizsgálata. Ugyanakkor felhívjuk a figyelmet néhány hasznos elemre.

95. Ami az intézmény létrehozásához vezető körülményeket illeti, fontosnak tűnik számunkra figyelembe venni a hulladékgyűjtés és -kezelés piacának jellegzetességeit, mivel ez az egyik olyan tevékenység, amelyre a FES-t létrehozták.

96. A hulladékgyűjtés és -kezelés piaca jelentős fejlődésen ment keresztül, különösen a szabályozási háttér szigorításával a hulladékkezelés, hasznosítás, illetve a környezeti ártalmak megelőzése tekintetében. E szigorítás közvetlen következménye, hogy növekedtek a hulladékgyűjtés és kezelés költségei, illetve, hogy a tevékenység összetettebbé és technológiailag bonyolultabbá vált. E kényszerítő erők hatására a helyi önkormányzatok nagy része úgy döntött, hogy e tevékenységet specializált vállalkozásokra ruházza át, amelyek a piac fejlődését teljes mértékben kihasználhatták.

97. Ezen körülmények alapján úgy véljük, hogy a jogalany létrehozását tehát nem a haszonszerzés célja indokolta. Jóllehet az említett tevékenység valójában jelentős haszonnal jár, a FES létrehozásának fő célját nem a haszonszerzés képezte. Az említett körülmények a fortiori vonatkoznak a köztisztasági szolgáltatásokra is, amelyek a hulladékgyűjtéssel és -kezeléssel szemben alacsonyabb szintű hasznosítást tesznek lehetővé.

98. Ami azokat a feltételeket illeti, amelyek mellett a FES tevékenységét végzi, és különösen a hulladékgyűjtés és -kezelés, illetve a köztisztasági szolgáltatások ágazatában meglévő verseny helyzetét tekintve a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell vizsgálnia, hogy a FES versenyfeltételek mellett működő piacon működik-e, ahol valódi versenytársai vannak, vagy ellenkezőleg, tényleges kvázi monopólium[50] helyzetben van-e, például „hagyományos szereplői" minőségének, vagy piacra lépési akadályok létezésének köszönhetően. A valódi verseny hiánya nem szükséges feltétele annak, hogy a FES közjogi intézménynek minősüljön, de annak jele lehet, hogy a FES nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladat ellátását végzi.

99. Emellett az a tény, hogy a FES közérdekű feladata mellett egyéb, haszonszerzésre irányuló tevékenységet is végez, nem releváns az alapeljárás tárgyát képező ügy eldöntése szempontjából. A Bíróság álláspontja szerint ugyanis a közjogi intézményi minőség nem függ attól, hogy a nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladat ellátása milyen relatív súllyal szerepel az érintett intézmény tevékenységében. Amennyiben a vállalkozás továbbra is ellátja e feladatokat, akkor a Bíróság szerint nem releváns az a tény, hogy egyéb, haszonszerzésre irányuló tevékenységet is végez, függetlenül attól, hogy e tevékenység mekkora részét teszi ki a vállalkozás teljes forgalmának.[51]

100. Emellett, még ha a FES jogi szempontból nemigen különbözik is egy magán gazdasági szereplők tulajdonában álló részvénytársaságtól, mivel viseli a tevékenységéhez fűződő gazdasági kockázatokat, illetve csődöt jelenthet, az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből kitűnik, hogy Frankfurt am Main város nem hagyná, hogy ilyen helyzet bekövetkezzen. Hangsúlyozzuk emellett, hogy az önkormányzat a lakosoktól helyi adót szed be a FES részére a hulladék ártalmatlanításáért és a közúttisztításért juttatott kifizetések finanszírozása céljából.

50 – A FES honlapja alapján megjegyezzük, hogy e vállalkozás hulladékkezelésért és köztisztaságért felelős önkormányzati hivatalból alakult ki.

51 – A fent hivatkozott Mannesmann Anlagenbau Austria és társai ügyben hozott ítélet 25., 26. és 31. pontja; a fent hivatkozott BFI Holding ügyben hozott ítélet 55. és 56. pontja, valamint a fent hivatkozott Ing. Aigner ügyben hozott ítélet 47. pontja és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

101. Ezen körülmények alapján hajlamosak vagyunk úgy vélni, hogy a FES-t kifejezetten közfeladat ellátására hozták létre, amely nem ipari vagy kereskedelmi jellegű.

102. Ugyanakkor a vállalkozás által ellátott feladatok jellegének pontos felvázolásához egyedül a kérdést előterjesztő bíróság van a releváns körülmények birtokában, így az ő feladata azon feltételek vizsgálata, amelyek mellett a FES tevékenységét végzi, így különösen a verseny helyzetének értékelése azon ágazatokban, amelyekre a vállalkozást létrehozták.

ii) A szorosan az államtól, a területi, illetve települési önkormányzattól vagy egyéb közjogi intézménytől való függésre vonatkozó feltételről

103. Emlékeztetünk arra, hogy a 92/50 irányelv 1. cikke b) pontja második bekezdésének harmadik francia bekezdése szerint e feltétel három vagylagos kritériumra utal:

– a tevékenységet többségi részben az állam, vagy a területi vagy a települési önkormányzat, vagy egyéb közjogi intézmény finanszírozza;

– vagy az intézmény irányítása e szervek felügyelete alatt áll;

– vagy olyan ügyviteli testülete, igazgatósága vagy felügyelőbizottsága van, amely tagjainak több mint a felét az állam, területi vagy települési önkormányzat vagy egyéb közjogi intézmény nevezi ki.

104. Megállapítható, hogy Frankfurt am Main város a FES üzletrészeinek 51%-ával, vagyis többségével rendelkezik. Bár az üzletrészek aránya alapján meghatározó befolyásra lehet következtetni a vállalkozásban, nem nyilvánvaló, hogy e befolyás a működtetés és irányítás módozataiban is megjelenik.

105. Először megvizsgáljuk a vállalkozás irányításának módozatait, amennyiben Frankfurt am Main város vétójoggal rendelkezik a közgyűlésben, amely gyakorlásának módja alapján alkalmas arra, hogy a vállalakozás tényleges ellenőrzését alapozza meg.

– Az érintett intézmény irányításának felügyeletére vonatkozó kritériumról

106. Az állandó ítélkezési gyakorlat szerint ez a kritérium arra az esetre vonatkozik, ha az intézmény olyan függő helyzetben van a közhatalmat gyakorló szervektől, amely megegyezik a másik két vagylagos kritérium teljesülésekor fennálló helyzettel. E függő helyzetnek lehetővé kell tennie a közhatalmat gyakorló szervek számára, hogy befolyásolják az intézmény közbeszerzésekkel[52], illetve – analógiával élve – koncessziókkal kapcsolatos döntéseit.

107. A fent hivatkozott Adolf Truley-ügyben hozott ítélet bemutatja azokat az eseteket, amelyekben a Bíróság álláspontja szerint e kritérium teljesült. A jelen ügyben az önkormányzat ellenőrző szerve nem csak az érintett intézmény éves beszámolójának ellenőrzésére volt felhatalmazva, hanem annak folyamatos irányításának ellenőrzésére is, az üzleti eredmények pontossága, a rendszeresség, a megtakarítási lehetőségek keresése, a gazdaságosság és a célszerűség tekintetében. E szerv jogosult volt az intézmény működési helyszíneinek, illetve létesítményeinek meglátogatására, továbbá az ellenőrzések eredményét továbbíthatta a hatáskörrel rendelkező szerveknek, valamint a társaság részvényeseinek, illetve az önkormányzatnak. A Bíróság álláspontja szerint az ilyen jogosultságok az említett intézmény irányításának aktív ellenőrzését tették lehetővé az önkormányzat számára.

52 – Lásd a fent hivatkozott Adolf Truley-ügyben hozott ítélet 69. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

108. A jelen ügy keretében a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell vizsgálnia minden olyan ténybeli vagy jogi körülményt, amely lehetővé tehette Frankfurt am Main város számára, hogy meghatározó befolyást gyakoroljon a FES tevékenységére. A jelen esetben úgy véljük, hogy meg kell vizsgálnia annak módozatait, ahogy az önkormányzat többségi részvényhez kapcsolódó vétójogát gyakorolja a társaság közgyűlésében. E tekintetben a kérdést előterjesztő bíróságnak értékelnie kell e jog jelentőségét, figyelemmel azokra a határozatokra, amelyekre az alkalmazható, illetve tekintetbe véve használatának esetleges megszorító feltételeit is.

109. Ugyanis, bár az önkormányzat nem képes önmagában határozatokat elfogadni,[53] kizárólagos felügyeletet gyakorol a FES fölött, amennyiben képes megakadályozni a vállalkozás stratégiai döntéseinek meghozatalát, annak kereskedelmi politikája, a vezető tisztségviselők kinevezése, költségvetése, illetve üzleti terve tekintetében. Amennyiben a kérdést előterjesztő bíróság bebizonyítja, hogy Frankfurt am Main város vétójogának gyakorlása révén képes megakadályozni a FES kereskedelmi stratégiájára vonatkozó jelentős döntések meghozatalát, illetve blokkolni a vállalkozás döntéshozatali folyamatát, akkor Frankfurt am Main város meghatározó befolyással, és ebből következően tényleges felügyelettel rendelkezik a FES irányítása tekintetében.

53 – Megjegyezzük, hogy a FES közgyűlése csak háromnegyedes többséggel tud határozatot hozni. Mivel Frankfurt am Main város 51%-os tulajdonrésszel rendelkezik, részvétele nem elegendő ahhoz, hogy egyedül tudjon határozatokat elfogadni a közgyűlésben.

110. Ilyen körülmények között a FES irányítására Frankfurt am Main város által gyakorolt felügyelet mértékének pontos meghatározása érdekében a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell vizsgálnia, hogy az önkormányzat többségi részvényesként elismert vétójoga révén képes-e meghatározó befolyást gyakorolni a vállalkozás irányítására.

111. Amennyiben a kérdést előterjesztő bíróság úgy ítéli meg, hogy a vétójog nem teszi lehetővé Frankfurt am Main város számára, hogy felügyelje a vállalkozás irányítását, akkor meg kell vizsgálnia a másik két kritériumot.

– A területi vagy a települési önkormányzat általi többségi finanszírozásra vonatkozó kritériumról

112. A Bíróság a fent hivatkozott Cambridge University ügyben hozott ítéletében pontosan meghatározta e kritérium terjedelmét. Álláspontja szerint csak azok a juttatások minősülhetnek „közfinanszírozásnak", amelyek esetében pénzügyi eszközök útján, külön ellenszolgáltatás nélkül finanszírozzák vagy támogatják az érintett jogalany tevékenységeit. Ezzel szemben azok az összegek, amelyeket az ajánlatkérő szerződéses szolgáltatások ellenszolgáltatásaként juttat, nem taroznak ebbe a kategóriába,[54]

113. A Bíróság azt is megállapította, hogy a „többségi" kifejezést úgy kell értelmezni, hogy „több mint a fele", valamint, hogy a közfinanszírozás arányának értékelését az intézmény bevételeinek összességére nézve kell lefolytatni, beleértve a kereskedelmi tevékenységből származó bevételeket is, továbbá a számítást éves alapon kell elvégezni.

114. A jelen esetben az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből kitűnik, hogy a FES éves forgalmának több mint a fele a Frankfurt am Main várossal kötött, hulladékgyűjtésre és -kezelésre, valamint köztisztasági szolgáltatásokra vonatkozó kétoldalú szerződésekből származik. Az önkormányzat által juttatott összegek tehát a FES által nyújtott szerződéses szolgáltatások ellenszolgáltatását képezik, az önkormányzatnak pedig értelemszerűen gazdasági érdeke fűződik utóbbiak elvégzéséhez. Bár egy ilyen szerződéses viszony ténylegesen magával vonhatja a FES függő helyzetét az önkormányzattal szemben, e függő viszony azonban a Bíróság álláspontja szerint más

54 – 21. és 24. pont. Ebben az ügyben a közfinanszírozás az egyetemi hallgatóknak nyújtandó ösztöndíjakból, illetve az egyetemi kutatások előmozdítását célzó támogatásokból állt, nem az állam által az egyetem szolgáltatásaiért fizetett ellenértékből.

jellegű, mint az egyszerű támogatás esete, és azt úgy kell tekinteni, mint a rendes kereskedelmi kapcsolatok körében fennálló helyzet.[55]

115. A fenti körülmények alapján úgy véljük, hogy a Frankfurt am Main város által a FES-nek juttatott összegek a fent hivatkozott ítélkezési gyakorlat értelmében nem tekinthetők közfinanszírozásnak.

– Az ügyviteli testület, igazgatóság vagy felügyelőbizottság összetételére vonatkozó kritériumról

116. Az előzetes döntéshozatalra utaló végzés nem tartalmazza pontosan a FES igazgatótanácsának, illetve ügyviteli szervének összetételét, és tagjainak kinevezési módját. A kérdést előterjesztő bíróság csak azt közli, hogy Frankfurt am Main város nevezi ki a felügyelőbizottság tagjainak negyedét, illetve annak elnökét, akinek szavazata döntő szavazategyenlőség esetén.[56] Ez tehát nem elegendő e kritérium teljesüléséhez.

117. A fenti körülmények összessége alapján úgy véljük, hogy a FES-hez hasonló vegyes tulajdonú gazdasági vállalkozás, amelyet Frankfurt am Main várossal való partnerség keretében hoztak létre, a 92/50 irányelv 1. cikke b) pontjának második bekezdése értelmében akkor tekintendő „közjogi intézménynek”, ha bizonyítják, hogy e jogalany kifejezetten nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladat ellátására jött létre, továbbá irányítása és ügyviteli szerve szorosan a települési önkormányzattól függ.

118. Az említett jogalany a 92/50 irányelv 1. cikke b) pontja második bekezdésének első francia bekezdése értelmében közfeladatot lát el a hulladék összegyűjtése és kezelése, valamint a köztisztasági szolgáltatások ellátása révén az önkormányzat területén. Annak vizsgálata érdekében, hogy ez a közfeladat

55 – A fent hivatkozott University of Cambridge ügyben hozott ítélet 25. pontja.

56 – E bizottság, mint ahogy a neve is mutatja, ellenőrzi és felügyeli a társaság irányítását. A felügyelőbizottság igen gyakran célszerűségi, illetve jogszerűségi felügyeletet is ellát, különösen az általa célszerűnek tartott vizsgálatok elvégzése, illetve a társaság éves beszámolójával kapcsolatos észrevételeinek a közgyűlés elé terjesztése révén. Emellett különös hatáskörökkel is rendelkezhet, amelyek lehetővé teszik számára például az igazgatóság tagjainak vagy elnökének kinevezését, vagy a társasági tulajdonrészek elidegenítésének engedélyezését. A felügyelőbizottság elnöke általában kétfajta feladatot lát el, egyrészt az ülések összehívását, másrészt azok vezetését. A felügyelőbizottság szerepét és feladatait jogszabály határozza meg, illetve azok a társaság alapszabályában találhatók, amely nem áll rendelkezésünkre (lásd Cozian, M., Viandier, A. és Deboissy, F., *Droit des sociétés,* 17e édition, Litec, Paris, 2004, 286. és 287. o.).

nem ipari vagy kereskedelmi jellegű, a nemzeti bíróságnak értékelnie kell azokat a feltételeket, amelyek mellett a FES gyakorolja tevékenységét, így különösen a verseny helyzetét ezekben az ágazatokban.

119. Az ilyen jogalany akkor van a 92/50 irányelv 1. cikke b) pontja második bekezdésének harmadik francia bekezdése értelmében szorosan függő helyzetben az önkormányzattal szemben, ha irányítását, illetve ügyviteli testületét, igazgatóságát vagy felügyelőbizottságát ez utóbbi felügyeli. Annak vizsgálata érdekében, hogy milyen mértékben felügyeli Frankfurt am Main város a FES irányítását, a nemzeti bíróságnak értékelnie kell, hogy a közgyűlésben fennálló vétójoga, illetve a vállalkozás említett testületeinek összetétele révén az önkormányzat képes-e aktív felügyeletet gyakorolni e jogalany irányítása fölött, illetve képes-e hasonlóképpen befolyásolni a szolgáltatási koncessziók odaítélésével kapcsolatos határozatait.

C – A nemzeti bíróság intézkedések elrendelésére vonatkozó jogköréről az átláthatósági kötelezettség megsértése esetén

120. Első és negyedik kérdésével a Landgericht Frankfurt am Main a szolgáltatási koncessziók keretében elfogadott határozatok bírósági felülvizsgálatának módjaival kapcsolatban kér tájékoztatást a Bíróságtól. A kérdést előterjesztő bíróság különösen azt kérdezi, hogy az alapeljáráshoz hasonló körülmények között a közösségi jog előírja-e a tagállamok számára, hogy nemzeti bíróságaiknak intézkedések elrendelésére vonatkozó jogkört biztosítsanak azon felekkel szemben, amelyek az átláthatósági kötelezettség megsértésével kötöttek koncessziós szerződést.

121. A jelen ügyben a felperes nem vitatja azt a határozatot, amellyel Frankfurt am Main város a szolgáltatási koncessziót a FES-nek ítélte oda. Ezzel szemben vitatja azt a határozatot, amellyel az önkormányzat a koncessziós szerződés 30. §-ának (4) bekezdése alapján hozzájárult az alvállalkozó személyének módosításához a szerződés teljesítése során. A felperes szerint ezzel az eljárással Frankfurt am Main város megsértette az átláthatósági kötelezettséget, amikor az említett szerződés alapvető feltételét anélkül módosította, hogy eleget tett volna a közösségi jog által előírt nyilvánossági és versenyeztetési előírásoknak.

122. A per tehát nem a koncessziós szerződés megkötésével kapcsolatos, hanem annak teljesítésével. Keresetével a felperes azt kéri a nemzeti bíróságtól, hogy akadályozza meg az átláthatósági kötelezettség újabb megsértését, kötelezve az önkormányzatot arra, hogy ne járuljon hozzá az alvállalkozó személyének

módosításához a Kornmarkt, Galluswarte és Rödelheim pályaudvarokon felállítandó nyilvános illemhelyek szállítása és tisztítása vonatkozásában. Ugyanígy azt is kéri, hogy kötelezze a FES-t arra, hogy ne kössön új alvállalkozási szerződést a fent említett szolgáltatásokra. A szolgáltatási koncesszió teljesítési feltételeinek rendezése érdekében a felperes azt is kéri a nemzeti bíróságtól, hogy kötelezze az önkormányzatot, illetve adott esetben a FES-t az átláthatósági kötelezettség megsértésével kötött szerződések megszüntetésére.

123. A kérdést előterjesztő bíróság által feltett kérdések megválaszolása érdekében emlékeztetni kell azokra a feltételekre, amelyek mellett a nemzeti bíróság köteles biztosítani a jogalanyok közösségi jogból eredő jogait.

1. Előzetes megjegyzések

124. Fejlődésének jelen állapotában a közösségi jog nem szabályozza azt, hogy a tagállamok miként kötelesek végrehajtani a bírósági határozatokat, illetve szankcionálni az átláthatósági kötelezettség megsértését a szolgáltatási koncesszió teljesítése keretében. Annak vizsgálata érdekében tehát, hogy a tagállamok milyen mértékben kötelesek intézkedés elrendelésére vonatkozó hatáskört biztosítani bíróságaik számára, a közösségi jogrendet meghatározó jogelvekre kell utalni, és különösen a közösségi jog elsőbbségének, valamint a tagállamok eljárási autonómiájának elvére.

125. A közösségi jog elsőbbségének elve azt követeli meg a tagállamoktól, hogy hatékonyan szankcionálják az átláthatósági kötelezettség szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás során történő megsértését.

126. Emlékeztetünk arra, hogy az átláthatósági kötelezettség egy általános jogelv konkrét és különös kifejeződése, amelyet a tagállamoknak tiszteletben kell tartaniuk, amennyiben eljárásuk a közösségi jog hatálya alá tartozik. Az ilyen kötelezettség olyan jogokat keletkeztet a jogalanyok számára, amelyeket a nemzet bíróságnak hatékony bírói jogvédelemben kell tudnia részesíteni. E jogvédelemnek alkalmasnak kell lennie arra, hogy biztosítsa a bírósági határozatok teljes körű végrehajtását, illetve lehetőséget kell nyújtania hatékony, arányos és elrettentő szankciók elfogadására a közösségi jog hatékony érvényesülésének érdekében.

127. Ez a kiinduló feltevésünk.

128. Ezzel szemben közösségi szabályozás hiányában álláspontunk szerint a tagállamok eljárási autonómiájával összhangban áll, ha utóbbiak határozhatják meg a nemzeti bíróság hatáskörét, amellyel biztosítani tudja határozatainak végrehajtását, illetve képes szankcionálni az átláthatósági kötelezettség szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás során történő megsértését. A tagállamok nemzeti eljárási szabályaira való ilyen utalás, amelyeknek – természetesen – tiszteletben kell tartaniuk az egyenértékűség és a hatékony érvényesülés elvét, egybevág a Bíróság állandó ítélkezési gyakorlatával, amely elismeri a tagállamok eljárási autonómiáját.

129. Ebből az ítélkezési gyakorlatból következik, hogy közösségi szabályozás hiányában az egyes tagállamok belső jogrendszerének feladata, hogy kijelölje az illetékes bíróságokat, valamint hogy a jogalanyokat a közösségi jog alapján megillető jogok védelmének biztosítására irányuló keresetekre nézve meghatározza az eljárási szabályokat; azzal, hogy ezek a rendelkezések természetesen nem lehetnek kedvezőtlenebbek, mint a hasonló, belső joggal kapcsolatos keresetekre vonatkozóak (egyenértékűség elve), és nem tehetik lehetetlenné vagy aránytalanul nehézzé a gyakorlatban a közösségi jogrend által biztosított jogok gyakorlását (a hatékonyság elve)[57].

57 – A C-268/06. sz. *Impact*-ügyben 2008. április 15 hozott ítélet (EBHT 2008., I-2483. o.) 44. és 46–48. o., valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlat.

130. E megfontolásokra tekintettel kell választ adni a kérdést előterjesztő bíróság által feltett kérdésekre.

2. Értékelés

131. Első, második és negyedik kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság lényegileg arra vár választ a Bíróságtól, hogy az átláthatósági kötelezettséget úgy kell-e értelmezni, hogy a tagállamok kötelesek a nemzeti bíróságoknak intézkedések elrendelésére vonatkozó hatáskört biztosítani e kötelezettség tiszteletben tartásának biztosítása érdekében. A kérdést előterjesztő bíróság emellett azt is kérdezi a Bíróságtól, hogy a nemzeti bíróság köteles-e elrendelni a felekkel szemben az említett kötelezettség megsértésével kötött szerződés megszüntetését.[58]

58 – A negyedik előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés úgy van megfogalmazva, hogy nem világos számunkra, hogy a kérdést előterjesztő bíróság a Frankfurt am Main város és a FES között létrejött szolgáltatási koncessziós szerződésre utalt, vagy a későbbiekben a koncessziós jogosult és a DSM között létrejött alvállalkozási szerződésre. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztő végzésből az tűnik ki, hogy a felperes nem vitatja azt a határozatot, amellyel Frankfurt am Main város a szolgáltatási koncessziót a FES-nek ítélte oda. Nem kéri tehát az utóbbi vállalkozással kötött koncessziós szerződés megszüntetését. A felperes ezzel szemben vitatja azt a határozatot, amellyel Frankfurt am Main város a koncessziós szerződés 30. §ak (4) bekezdése alapján hozzájárult az alvállalkozó személyének módosításához. A nemzeti bíróság előtt indított keresetével a felperes lényegében azt kívánja, hogy a FES és a DSM között létrejött alvállalkozási szerződést érvénytelenítsék. A kérdést előterjesztő bíróság ugyanakkor azt állítja végzésében, hogy Frankfurt am Main város köteles volt megszüntetni a szolgáltatási koncessziós szerződést, amelynek a módosításához hozzájárult. Kétségeink mellett úgy tekintjük, hogy a kérdés mindkét feltevésre vonatkozik.

132. Az intézkedések elrendelésére vonatkozó hatáskör arra nyújt lehetőséget a bíróság számára, hogy kötelezze valamelyik felet az általa meghatározott cselekmény megtételére vagy meg nem tételére, adott esetben kényszerítő bírság terhe mellett. Az eljáró bíróság így elrendelheti, hogy egy magánszemély, illetve valamely hatóság meghatározott tartalmú intézkedést fogadjon el, amennyiben az ítélet előírja, hogy a felek egyike ilyen intézkedést tegyen. E hatáskör hasznos eszköz a bírósági határozatok végrehajtásának biztosítása terén, illetve segíti a jogerős határozat végrehajtásával kapcsolatos nehézségekkel, illetve annak elutasításával szembeni fellépést.

133. Az az elv, amely szerint a nemzeti bíróság intézkedést rendelhet el, jelenleg semmilyen közösségi jogi szabályozása alá nem tartozik. Emellett ezt az elvet nem alkalmazzák egységesen a tagállamokban, különösen, ha az intézkedést valamely hatósággal szemben rendelik el.

134. Németországban, illetve az Egyesült Királyságban a bíróság intézkedések elrendelésére vonatkozó hatásköre fennáll a hatóságokkal szemben. A német bíróságok általános intézkedések elrendelésére vonatkozó hatáskörrel rendelkeznek a hatóságokkal szemben. Ehhez hasonlóan a brit bíróságok is hatáskörrel rendelkeznek arra, hogy – a kormány és a vele közvetlenül együttműködők kivételével – minden közigazgatási szervet arra kötelezzenek, hogy valamit tegyenek vagy ne tegyenek. A kérdést hosszabb ideje vitatják a francia közigazgatási bíróságok a hatalmi ágak elválasztásának hagyományos koncepciója folytán. E koncepció napjainkban számos kivétel tárgyát képezi, az 1995. február 8-i törvény elfogadása óta.[59]

135. Ahogy jeleztük, a közösségi jog jelenlegi állapotában a tagállamoknak belső jogrendszerük keretében, a tényleges érvényesülés és az egyenértékűség elvét tiszteletben tartva kell meghatározniuk, hogy szükséges-e, és adott esetben milyen feltételek mellett, az intézkedések elrendelésére vonatkozó hatáskör elismerése. E tekintetben a tagállamoknak azokra az elvekre kell támaszkodniuk, amelyek nemzeti igazságszolgáltatási rendszerük alapját képezik. Meg kell vizsgálniuk, hogy az intézkedések elrendelésére vonatkozó hatáskör illeszkedik-e a jogorvoslatok fennálló rendszerébe, és figyelembe kell venniük azokat a hatásköröket, amelyeket már a nemzeti bíróságra ruháztak. Ezen értékelés keretében a tagállamoknak biztosítaniuk kell a közösségi jogra alapított jogok fennállására vonatkozó bírósági határozatok teljes körű végrehajtását. E célt követve a tagállamoknak arra kell törekedniük, hogy biztosítsák a közösségi jog teljes körű érvényesülését, illetve az általa a jogalanyoknak biztosított jogok védelmét.

59 – Loi n° 95125 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (a bíróságok szervezetéről, valamint a polgári, a büntető- és közigazgatási eljárásról szóló 95–125. törvény, JORF 1995. február 9.). Lásd a code de justice administrative (a közigazgatási bíráskodásról szóló törvénykönyv) L-911-1–L-911-3. cikkeit.

136. E tekintetben a szerződés megszüntetésére kötelezés, amennyiben azt nem a közösségi jog írja elő, a legjobb szankciónak tűnhet a közösségi érvényesülésének, illetve a jogalanyok jogai védelmének biztosítására. Ez különösen akkor lehet így, ha különösen súlyosan sértik meg a közösségi jog olyan rendelkezéseit, mint a megfelelő szintű nyilvánosságról, illetve az ajánlattevők előzetes versenyeztetéséről szóló rendelkezések. E tekintetben utalhatunk azokra a rendelkezésekre, amelyeket a közösségi jogalkotó e téren elfogadott a 2007/66 irányelvvel beiktatott a 2d. cikkben[60].

137. Előzetes döntéshozatalra utaló végzésében a Landgericht Frankfurt am Main azt állítja, hogy Frankfurt am Mian város köteles volt megszüntetni azt a szolgáltatási koncessziós szerződést, amelynek módosításához hozzájárult.

138. Álláspontja alátámasztása érdekében a kérdést előterjesztő bíróság kifejti, hogy a közösségi jogalkotó által a 89/665 irányelv 2. cikkében meghatározott, és a Bíróság által a Bizottság kontra Németország ügyben hozott ítéletben[61] megerősített elvek analógia útján alkalmazandók a szolgáltatási koncessziók odaítélésére is.

139. Ebben az ítéletben az EK 228. cikk alapján megkeresett Bíróság elmarasztalta a Németországi Szövetségi Köztársaságot, mivel az nem szüntette meg a Brunswick (Németország) város hulladékártalmatlanításra vonatkozó szerződését, amelyet a 92/50 irányelv megsértésével kötöttek. A Németországi Szövetségi Köztársaság a 89/665 irányelv 2. cikke (6) bekezdésének második albekezdésére hivatkozott annak alátámasztására, hogy a jogsérelmet szenvedett vállalkozások számára nyújtott kártérítés elegendő az ajánlatkérő által elkövetett kötelezettségszegés szankcionálására. A Bíróság nem osztotta ezt az érvelést. Álláspontja szerint e rendelkezés a tagállamok és az állampolgáraik közötti viszonyt rendezi, de nem vonatkozik a tagállamok és a Közösség viszonyára, így nem teszi lehetővé, hogy előbbi mentesüljön a közösségi jog alapján őt terhelő felelősség alól. A szóban forgó szerződés hatályban tartásával a kötelezettségszegés a Németországi Szövetségi Köztársaság részéről továbbra is fennállt, és a szolgáltatásnyújtás szabadsága sérelmének veszélye a szerződés végrehajtásának teljes időtartama alatt fennállt. A Bíróság álláspontja szerint a szerződés megszüntetése

60 – E rendelkezés értelmében a közbeszerzési szerződést egészben vagy részben érvénytelennek kell nyilvánítani, ha közbeszerzési eljárást megindító hirdetmény előzetes, az Európai Unió Hivatalos Lapjában való közzététele nélkül ítélték oda, vagy a sérelmet szenvedett ajánlatkérőt megfosztották a szerződéskötést megelőző jogorvoslat lehetőségétől, vagy a 2004/18 irányelvben szereplő keretmegállapodáson és dinamikus beszerzési rendszeren alapuló szerződések kapcsán egy igen speciális esetben. A 2007/66 irányelv által beillesztett 2e. cikk ugyanakkor lehetővé teszi a tagállamok számára alternatív szankciók előírását, figyelemmel különösen a jogsértés súlyára, az ajánlatkérő magatartására, illetve adott esetben a szerződéses kötelezettségek érvénytelenné nyilvánításának terjedelmére. Pénzbüntetés, illetve a közbeszerzési szerződés tartamának lerövidítése jöhet szóba.

61 – A C-503/04. sz., Bizottság kontra *Németország* ügyben 2007. július 18-án hozott ítélet (EBHT 2007., I-6153. o.) 29–36. pontja.

nem csak a kötelezettségszegést megállapító ítélet teljes körű végrehajtása céljából, hanem a közösségi jog tiszteletben tartása érdekében is szükséges volt.

140. A kérdést előterjesztő bírósággal szemben nem gondoljuk, hogy a közbeszerzési jogviták kapcsán kifejtett elvek egyszerűen és tisztán átültethetők lennének a szolgáltatási koncesszióval kapcsolatos jogvitákra, mégpedig két ok miatt.

141. Először emlékeztetünk arra, hogy a tagállamok nem kívántak jogot alkotni a szolgáltatási koncessziók odaítélésére irányuló eljárás tekintetében, szemben a számos normával, amelyeket a közbeszerzések odaítélése kapcsán fogadtak el. Nem tekinthetünk tehát el a vonatkozó közösségi jogi szabályozás hiányától, és nem alkalmazhatjuk analógia útján a 89/665 irányelvben meghatározott pontos és kötelező erejű szabályokat.

142. Másodszor kényesnek tűnik számunkra, ha ugyanúgy értékeljük az átláthatósági kötelezettség megsértésével járó következményeket, attól függően, hogy közbeszerzésről, vagy közszolgáltatási koncesszióról van szó. Az utóbbi esetében ugyanis a szankcióknak nem csak azt a célt kell szolgálniuk, hogy biztosítsák a jogszerűség tiszteletben tartását, illetve szankcionálják az ajánlatkérő jogsértő magatartását. Céljuk emellett – és talán fő céljuk –, hogy biztosítsák a közszolgáltatások megfelelő működését, és megvédjék azon közérdeket, amelynek kielégítését a szerződés célozza.

143. Így az intézkedések elrendelésére vonatkozó hatáskört, még ha az a közösségi jog teljes érvényesülését célozza is, a nemzeti bíróságnak esetről esetre történő vizsgálat mellett kell alkalmaznia. Ennek célját úgy kell értékelni, hogy az ügy minden releváns körülményét figyelembe veszik, így az ajánlatkérő magatartását, az elkövetett jogsértés jellegét, illetve a sérelem által potenciálisan érintett valamennyi érdeket, és különösen a közérdeket.

144. A jelen ügyben az elv, mely szerint a nemzeti bíróságnak intézkedés elrendelésére vonatkozó hatásköre van, Németországban megvalósul. Az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből kitűnik, hogy a nemzeti bíróságok a Bürgerliches Gesetzbuch (német

polgári törvénykönyv, a továbbiakban: BGB)[62] 1004. §-ának (1) bekezdése értelmében két esetben gyakorolhatja ezt a hatáskört:

– amennyiben egy személyt a törvény által védett érdekek, vagyis az élet, a testi épség, a személyiség, az egészség, a szabadság és a tulajdon megsértése miatt ér sérelem, vagy

– amennyiben egy személyt a BGB 823. §-ának (2) bekezdése szerinti „mások védelmére szolgáló törvény" megsértése folytán ér kár.

145. A jelen jogvita keretében a kérdést előterjesztő bíróság feladata annak vizsgálata, hogy a nemzeti eljárási jog, vagyis jelen esetben a BGB 823. §-ának (2) bekezdése lehetővé teszi-e az illetékes bíróság számára, hogy kötelezze a közigazgatási szervet valamely intézkedés megtételére, amennyiben az megsértette az átláthatósági kötelezettséget, és hogy kötelezze a FES-sel kötött szerződés megszüntetésére, illetve arra, hogy a továbbiakban ne járuljon hozzá az alvállalkozó személyének módosításához.[63]

146. E célból először meg kell vizsgálnia, hogy e kötelezettség a hivatkozott rendelkezés szerinti „mások védelmére szolgáló törvényt" képez-e. Ahogy a kérdést előterjesztő bíróság kifejtette a második előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdéshez fűzött indokolásban, ez akkor áll fenn, ha a kötelezettség szokásjogi elvet képez.

147. Emlékeztetjük a kérdést előterjesztő bíróságot, hogy az átláthatósági kötelezettség az egyenlő bánásmód általános elvének kifejeződése. Utóbbi a közösségi jog alapvető elvei közé tartozik, forrását a Szerződés rendelkezései képezik.[64] Az elv alapján a jogalanyokat jogok illetik meg, és az kötelező a tagállamok valamennyi hatósága számára a közösségi jog végrehajtása során. Ebből következően a tagállamok kötelesek minden lehetséges lépést megtenni e jog alkalmazása érdekében, olyan feltételek mellett, amelyek nem sértik a közösségi jogrendszerben az alapvető jogok védelméből fakadó előíráso-

62 – E rendelkezés a következőképpen szól:
„Amennyiben a tulajdonjog sérelme nem kisajátítás vagy visszatartási jog gyakorlásának eredménye, a tulajdonos követelheti, hogy a jogsértő fejezze be a szóban forgó jogsértést. Amennyiben a tulajdonjog újabb sérelmének veszélye fenyeget, a tulajdonos a jogsértés abbahagyására kötelezés iránti eljárást indíthat."
Az előzetes döntéshozatalra irányuló végzésből kitűnik, hogy a fenti rendelkezést analógia útján más jogsértésekre (különösen az élet, a testi épség, az egészség és a szabadság elleni jogsértésekre), illetve bizonyos jogellenes magatartásokra is alkalmazták.

63 – Lásd különösen a fent hivatkozott Rodríguez Caballero-ügyben hozott ítélet 30. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot, a C-327/00. sz. Santex-ügyben 2003. február 27-én hozott ítélet (EBHT 2003., I-1877. o.) 62. és 63. pontját, valamint a C-432/05. sz. Unibet-ügyben 2007. március 13-án hozott ítélet (EBHT 2007., I-2271. o.) 44. pontját.

64 – Lásd a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 48. és 49. pontját.

kat. A jelen ügyben a nemzeti bíróság tehát a lehetséges mértékben úgy köteles értelmezni a bíróságok részére intézkedés elrendelésére vonatkozó hatáskört elismerő nemzeti jogszabályokat, hogy az biztosítsa a közösségi jog teljes érvényesülését, és a felperes abból fakadó jogainak garantálását.

148. Amennyiben a kérdést előterjesztő bíróság álláspontja szerint az átláthatósági kötelezettség a BGB 823. §-ának (2) bekezdése szerinti „mások védelmére szolgáló törvényt" képez, akkor biztosítania kell, hogy azok a feltételek, amelyek mellett a nemzeti bíróság az átláthatósági kötelezettség megsértése esetén intézkedést rendelhet el, egyenértékűek azokkal, mint amelyek a belső jog megsértésén alapuló jogvita esetén irányadók. Az is a nemzeti bíróság feladata, hogy biztosítsa, hogy ezek a szabályok ne tegyék a gyakorlatban lehetetlenné, vagy rendkívül nehézzé a közösségi jogrendből eredő jogok gyakorlását.

149. A jelen jogvitában a cél a közösségi jog teljes érvényesülésének biztosítása, az átláthatósági kötelezettség megsértésének hatékony szankcionálása révén, továbbá megelőzve annak további megsértését a koncessziós szerződés 30. §-ának (4) bekezdésében szereplő alvállalkozási klauzula újabb visszaélésszerű alkalmazása által.

150. E célra figyelemmel a kérdést előterjesztő bíróságnak kell megvizsgálnia, hogy szükséges-e Frankfurt am Main várost, illetve adott esetben a FES-t arra kötelezni, hogy megszüntessék a közösségi jog megsértésével kötött szerződéseket. E tekintetben, ahogy az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből is kitűnik, a Landgericht Frankfurt am Main azt állítja, hogy az átláthatósági kötelezettség megsértése alkalmas arra, hogy a koncessziós szerződés megszüntetésének alapjául szolgáló komoly indokot képezzen, a BGB 314. §-ának értelmében[65].

151. Ugyancsak e célra figyelemmel kell a kérdést előterjesztő bíróságnak megvizsgálnia, hogy szükséges-e a közigazgatási szervet, illetve a FES-t arra kötelezni, hogy az alapeljárás körülményei között ne módosítsák az alvállalkozó személyét a Kornmarkt, Galluswarte és Rödelheim pályaudvarokon felállítandó nyilvános illemhelyek szállítása és tisztítása vonatkozásában.

152. Következésképpen azt javasoljuk a Bíróságnak, hogy azt válaszolja a kérdést előterjesztő bíróságnak, hogy amennyiben az illetékes nemzeti bíróság megállapítja az

65 – E rendelkezés szerint „[k]omoly indokkal bármelyik fél azonnali hatállyal felmondhatja a határozatlan időre kötött szerződést. Komoly indoknak számít, ha az ügy körülményeire tekintettel, a felek érdekeit mérlegelve ésszerűen nem várható el a szerződést felmondó féltől, hogy fenntartsa a szerződéses viszonyt a megállapodás szerinti időpontig, illetve a felmondási idő elteltéig".

átláthatósági kötelezettségnek egy szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás során történt megsértését, a közösségi jog, jelen állapotában nem kötelezi a tagállamokat arra, hogy e bíróságnak hatáskört biztosítsanak arra, hogy a jogvita feleit a jogsértés abbahagyására kötelezze. Az egyenértékűség és a tényleges érvényesülés elvét tiszteletben tartva az egyes tagállamok belső jogára tartozik azoknak az eljárási szabályoknak a meghatározása, amelyek lehetővé teszik az illetékes nemzeti bíróság számára a közösségi jog teljes érvényesülésének, illetve az azon alapuló jogok fennállására vonatkozó bírósági határozatok teljes körű végrehajtásának biztosítását.

VI – Végkövetkeztetések

153. A fenti megfontolások alapján azt javaslom a Bíróságnak, hogy a Landgericht Frankfurt am Main által előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekre az alábbi választ adja:

„1) Amennyiben a szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás keretében az alvállalkozó személye olyan alapvető tényező, amelyre az ajánlatkérő a koncesszió odaítélése során támaszkodott, akkor az átláthatósági kötelezettség alapján a tagállamok kötelesek új versenyeztetési eljárást szervezni, ha a koncessziós jogosult az első szolgáltatások nyújtását megelőzően, jogos indok nélkül módosítani kívánja az alvállalkozó személyét. A hatáskörrel rendelkező nemzeti bíróság feladata annak értékelése, hogy a Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH által az ajánlat benyújtásakor megjelölt alvállalkozó neve, hírneve és műszaki szakértelme olyan alapvető szempont volt-e, amely alapján Frankfurt am Main város a koncessziót e vállalkozásnak ítélte oda.

2) A Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH-hoz hasonló vegyes tulajdonú gazdasági vállalkozás, amelyet Frankfurt am Main várossal való partnerség keretében hoztak létre, a 2001. szeptember 13-i 2001/78/EK bizottsági irányelvvel módosított, a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelv 1. cikke b) pontjának második bekezdése értelmében akkor tekintendő »közjogi intézménynek«, ha bizonyítják, hogy e jogalany kifejezetten nem ipari vagy kereskedelmi jellegű közfeladat ellátására jött létre, továbbá irányítása és ügyviteli szerve szorosan a települési önkormányzattól függ.

Az említett jogalany a módosított 92/50 irányelv 1. cikke b) pontja második bekezdésének első francia bekezdése értelmében közfeladatot lát el a hulladék összegyűjtése és kezelése, valamint a köztisztasági szolgáltatások ellátása révén az önkormányzat területén. Annak vizsgálata érdekében, hogy ez a közfeladat nem ipari vagy kereskedelmi jellegű, a nemzeti bíróságnak értékelnie kell azokat a feltételeket, amelyek mellett a Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH gyakorolja tevékenységét, így különösen a verseny helyzetét ezekben az ágazatokban.

Az ilyen jogalany akkor van a módosított 92/50 irányelv 1. cikke b) pontja második bekezdésének harmadik francia bekezdése értelmében szorosan függő helyzetben az önkormányzattal szemben, ha irányítását, illetve ügyviteli testületét, igazgatóságát vagy felügyelőbizottságát ez utóbbi felügyeli. Annak vizsgálata érdekében, hogy milyen mértékben felügyeli Frankfurt am Main város a Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH irányítását, a nemzeti bíróságnak értékelnie kell, hogy a közgyűlésben fennálló vétójoga, illetve a vállalkozás említett testületeinek összetétele révén az önkormányzat képes-e aktív felügyeletet gyakorolni e jogalany irányítása fölött, illetve képes-e hasonlóképpen befolyásolni a szolgáltatási koncessziók odaítélésével kapcsolatos határozatait.

3) Amennyiben az illetékes nemzeti bíróság megállapítja az átláthatósági kötelezettségnek a szolgáltatási koncesszió odaítélésére irányuló eljárás során történt megsértését, a közösségi jog, jelen állapotában, nem kötelezi a tagállamokat arra, hogy e bíróságnak hatáskört biztosítsanak arra, hogy a jogvita feleit a jogsértés abbahagyására kötelezze. Az egyenértékűség és a tényleges érvényesülés elvét tiszteletben tartva az egyes tagállamok belső jogára tartozik azoknak az eljárási szabályoknak a meghatározása, amelyek lehetővé teszik a hatáskörrel rendelkező nemzeti bíróság számára a közösségi jog teljes érvényesülésének, illetve az azon alapuló jogok fennállására vonatkozó bírósági határozatok teljes körű végrehajtásának biztosítását."