CHRISTINE STIX-HACKL
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

Az ismertetés napja: 2006. január 12. [1]

I – Bevezetés

1. A jelen előzetes döntéshozatali eljárás arra a kérdésre vonatkozik, milyen feltételek mellett számít valamely közbeszerzési szerződés odaítélése kvázi *in-house* (házon belüli) odaítélésnek, és kerül ki ez alapján az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/36/EGK tanácsi irányelv [2] (a továbbiakban: 93/36 irányelv) hatálya alól. A Teckal-ügyben hozott ítéletben [3] kidolgozott és a Stadt Halle ügyben [4] – legalábbis részben – közelebbről meghatározott feltételek értelmezéséről és alkalmazásáról szóló újabb eljárásról van tehát szó.

2. Egyébként a jelen eljárás olyan eljárások sorába illeszkedik, amelyek bizonyos részében már döntés is született, [5] és amelyek olasz önkormányzatok energiaellátás vagy szemétszállítás területén történt odaítéléseit érintik.

II – Jogi háttér: közösségi jog

3. A *93/36 irányelv* 1. cikkében a hatályát érintő alapvető szabályokat rögzíti.

4. Az 1. cikk bevezető félmondata és a) pontja így szól:

„(1) Ennek az irányelvnek az alkalmazásában:

a) árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződés: olyan visszterhes szerződés,

1 – Eredeti nyelv: német.

2 – HL L 199., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet 2. kötet, 110. o.

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

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

5 – Lásd például a C-310/01. sz., Comune di Udine ügyben 2002. november 14-én hozott végzést (HL 2003. C 55.) és a C-108/98. sz. RI.SAN.-ügyben 1999. szeptember 9-én hozott ítéletet (EBHT 1999., I-5219. o.).

amely írásban jön létre az ajánlattevő (természetes vagy jogi személy) és a b) pontban meghatározott valamely ajánlatkérő között termékek megvételére, haszonbérletére, bérletére vagy lízingjére, vételi joggal vagy anélkül. Az ilyen termékek szállítása ezenfelül beállítást és üzembehelyezést is magában foglalhat; [...]"

5. A Teckal-ügyben hozott ítélet 49. és 50. pontjában a Bíróság felállította az arra az esetre vonatkozó alapelveket, ha bizonyos eljárásokat kivesznek az irányelvek alkalmazása alól:

„49. Azon kérdés megválaszolásához, hogy szerződésről van-e szó, a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell vizsgálnia, létrejött-e megállapodás két különböző személy között.

50. Ehhez – a 93/36 irányelv 1. cikkének a) pontja értelmében – elvileg elegendő az, hogy a szerződés egyrészről a területi önkormányzat, másrészről pedig valamely tőle jogilag elkülönült személy között jöjjön létre. Ez csak azon két együttes feltétel esetén lehetne másként, ha a területi vagy települési önkormányzat a kérdéses személy felett olyan ellenőrzést gyakorolna, mint amelyet a saját szervei felett, és ha ez a személy a tevékenységének lényeges részét azon önkormányzattal vagy önkormányzatokkal valósítaná meg, amelyeknek a tulajdonában van."

6. A két említett előfeltétel közül az elsőt a Bíróság a Stadt Halle ügyben [6] és a Parking Brixenügyben [7] hozott ítéleteiben tovább pontosította.

7. A vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/38/EGK tanácsi irányelv [8] (a továbbiakban: 93/38 irányelv) tartalmaz a vízügyi, energiaipari, szállítási és postai ágazatokban működő vállalkozások támogatások kiadásának összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/17/EK európa parlamenti és tanácsi irányelv [9] által immár módosított rendelkezést a szerződések olyan vállalkozásoknak történő odaítélésére vonatkozóan, amelyek az ajánlatkérővel meghatározott, közeli kapcsolatban állnak.

8. A 93/38 irányelv 13. cikkének (1) bekezdése rögzíti:

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

a) egy ajánlatkérő egy kapcsolt vállalkozásnak ítél oda;

6 – A fenti 4. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz. ügyben hozott ítélet.

7 – A C-458/03. sz., Parking Brixen ügyben 2005. október 13-án hozott ítélet (EBHT 2005., I-8585. o.).

8 – HL L 199., 84. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 2. kötet, 194. o.

9 – HL L 134., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 19. o.

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

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

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

felosztása a következő volt: 5 700 000 EUR fűtőanyag beszerzésére – amelynek 4/5 része gázolaj, 1/5 része metán –, 1 000 000 EUR a karbantartásra és 1 750 000 EUR a szabályozásnak megfelelő szintű műszaki felújításra).

10. Busto Arsizio önkormányzata (a továbbiakban: önkormányzat) 2003. november 21-i, 804. sz. határozatával az ajánlattételi eljárásnak 2003. december 10-ig való felfüggesztéséről döntött, annak érdekében, hogy megszülessen az esetleges döntés a szerződés közvetlen odaítéléséről. A felperes Carbotermo SpA (a továbbiakban: Carbotermo) 2003. november 22-én adta le ajánlatát. A Consorzio Alisei (a továbbiakban: Alisei), bár már előkészítette a technikai ajánlatot, de azt nem adta le az eredetileg kijelölt határidő, 2003. november 24. előtt, mert 2003. november 21-én beérkezett hozzá az önkormányzat értesítése az ajánlattételi eljárás 2003. december 10-ig való felfüggesztéséről, és később az ajánlattétel megszüntetéséről szóló hirdetmény.

III – A tényállás és az alapeljárás

9. Busto Arsizio önkormányzata 2003. szeptember 22-én ajánlattételi felhívást tett energiaszolgáltatásra, valamint az önkormányzati épületek fűtési berendezéseinek karbantartása, felújítása és technikai átalakítása szolgáltatására (a 8 450 000 EUR plusz hozzáadottérték-adó nagyságú szerződési összeg

11. Az önkormányzat 2003. december 10-én 857. sz. határozatával visszavonta az ajánlattételi felhívást, és fenntartotta annak a lehetőségét, hogy a szerződést később közvetlenül az AGESP SpA-nak (a továbbiakban: AGESP) ítéli oda.

12. Az AGESP-et 100%-ban az AGESP Holding SpA ellenőrzi, [10] amely szintén részvénytársaság, és amely társasági tőkéjének 99,98%-a az önkormányzat tulajdonában áll. [11] A maradék részvények egyes ugyanazon tartományban fekvő, szomszédos önkormányzatok tulajdonában állnak.

13. 2003. december 18-án a szóban forgó szerződést közvetlenül az AGESP-nek ítélték oda.

14. A Carbotermo és az Alisei ezen határozatok ellen keresetet nyújtottak be a Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardiához. Ez egyesítette a két eljárást, és 2004. május 27-i határozatával, amely 2004. augusztus 9-én érkezett be, a következő kérdéseket terjesztette előzetes döntéshozatal céljából a Bíróság elé:

„1) A 93/36/EGK irányelvvel összeegyeztethető-e valamely, az önkormányzat tulajdonában álló vagy illetékessége alá tartozó épületek fűtőberendezéseihez szükséges fűtőanyag-beszállításra és ezen berendezések kezelésére, fenntartására és karbantartására irányuló szerződés (amelynek értékében a beszállítás van túlsúlyban) közvetlen odaítélése olyan részvénytársaságnak, amelynek jelenleg teljes egészében egy másik részvénytársaság a tulajdonosa, amely utóbbinak pedig többségi tulajdonosa (99,98%-ban) a pályázatot kiíró önkormányzat, tehát olyan társaságnak (AGESP), amely nem közvetlenül képezi az önkormányzat tulajdonát, csupán egy másik társaság (AGESP Holding) közvetítésével, amelynek részvényei jelenleg 99,98%-ban az önkormányzat tulajdonában állnak?

2) A 93/38/EGK irányelv 13. cikkét kell-e alkalmazni azon feltétel vizsgálatakor, hogy a vállalkozás, amelynek közvetlenül ítélték oda a beszállítási szerződést, tevékenysége túlnyomó részét annak az önkormányzatnak végzi-e, amelynek tulajdonában áll, és az említett feltételt teljesítettnek kell-e tekinteni abban az esetben, ha a nevezett vállalkozás forgalmának túlnyomó része olyan szolgáltatásokból származik, amelyeket azon önkormányzat részére teljesített, amelynek tulajdonában áll, vagy az említett önkormányzat illetékességi területén teljesített?"

10 – Az AGESP alapító okiratának 7. cikke szerint „a többségi részvényes AGESP Holding [...] kivételével a részvényeseknek nem állhat tulajdonában a teljes társasági tőke egytizedét meghaladó részesedés [...]".

11 – Az AGESP Holding SpA alapító okiratának 6. cikke szerint a részvények többsége az önkormányzat számára van fenntartva.
Az AGESP Holding SpA alapító okiratának 7. cikke szerint „magánszemély tag tulajdonában nem állhat a teljes társasági tőke 10%-át meghaladó részesedés [...]".

IV – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekről

15. A két előterjesztett kérdés lényegében azt a két együttes feltételt érinti, amelyek fennállása esetén bizonyos kvázi *in-house* odaítélések nem tartoznak a 93/36 irányelv hatálya alá (úgynevezett Teckal-kivétel vagy Teckal-kritériumok): a saját szolgálatai felett gyakorolt ellenőrzéshez hasonló ellenőrzést és tevékenység lényeges részének a fenntartó javára történő megvalósítását. Ha a feltételek teljesülnek, akkor nem kell alkalmazni az irányelv rendelkezéseit, mint például bizonyos eljárási előírások betartását.

16. A tisztázás érdekében hangsúlyozni kell, hogy a jelen eljárásban a régi, tehát nem az úgynevezett jogalkotási csomag szerinti új joghelyzet az irányadó.

V – Előzetes észrevételek

17. A jelen eljárás – csakúgy, mint a korábbi eljárások is – megmutatta, hogy a Teckal-kritériumok határozatlan fogalmak, amelyek jogkérdések sorát vetették fel, és elhatárolási nehézségeket okoztak. E tapasztalatok fényében felmerül a kérdés, hogy a Bíróság hogyan tisztázhatja mihamarabb a jogot, és teremthet az érintettek számára jogbiztonságot. Az egyik lehetőség az lenne, hogy ítélkezési gyakorlatát nem csupán az esetre vonatkozóan csiszolja, hanem az eddiginél általánosabb formában pontosítja azt. A másik megoldás az lenne, hogy a Teckal-kivétellel teremtett bizonytalanságokat az ítélkezési gyakorlat átfogó felülvizsgálatával szünteti meg. 1999 novemberében a Bíróság a Teckal-ügyben hozott ítéletével megnyitotta az utat az irányelv alóli kivételek előtt. Hogy ez a rés milyen széles, az azonban továbbra sem világos.

18. Éppen a jelen eset mutatja, hogy ez a körülmény a nemzeti legfelsőbb bíróságokra – mint például a Consiglio di Statóra – is kihatással van. Így – az előzetes döntéshozatali kérelem szerint – a Consiglio di Stato által felállított, a kvázi *in-house* odaítélésekre vonatkozó vezérfonalak a Bíróság egyik határozatán [12] alapulnak. Azonban itt most mellőzzük azt, hogy ez az ítélkezési gyakorlat összhangban áll-e a Bíróság saját ítélkezési gyakorlatával. Mindenesetre az alapeljárás, mint ahogy más eljárások is más tagállamokban, azt mutatja, hogy a Bíróság ítélkezési gyakorlata nyilvánvalóan nem tartalmaz világos előírásokat az érintett gazdasági körök és a tagállami bíróságok számára.

12 – A fenti 5. lábjegyzetben hivatkozott C-310/01. sz. ügyben hozott végzés.

19. Annak érdekében, hogy a Bíróság számára lehetőséget hagyjak a különböző alternatívák közötti választásra, a következőkben az általam kifejtett aggályok ellenére a Teckal-kivételt általános formában fogom pontosítani. A Bíróság számára még mindig nyitva áll majd a másik lehetőség.

A – *A közvetett részesedések jogi megítélése*

22. Az első ismertetőjel, amely a jelen eljárásban vizsgálandó eljárást jellemzi, a Stadt Halle ügyhöz hasonlóan arra a körülményre vonatkozik, hogy az odaítélés nem közvetlenül azon jogalany javára történik, amelyben a területi önkormányzat közvetlen részesedéssel bír.

VI – Első feltétel: a saját szolgálatai felett gyakoroltho hasonló ellenőrzés

20. A jelen eljárás több sajátossággal is rendelkezik, amelyek alapján összességében különbözik más, még folyamatban lévő vagy már határozattal befejeződött eljárásoktól, amelyek az úgynevezett public-private-partnershipet (a továbbiakban: PPP) érintik.

23. Ebben az összefüggésben felmerül a kérdés, hogy a Teckal-kritériumok alapvetően olyan helyzetekre is alkalmazhatók-e, amelyekben közvetett részesedésről van szó, azaz hogy olyan eljárások is kivételt képeznek-e a közbeszerzési irányelvek alól, amelyeknél az érintett jogalanyban csak valamely másik társaságon keresztül rendelkezik részesedéssel az a hatóság, amelynek javára a szolgáltatást végzik.

21. A Stadt Halle ügyben vizsgált eljárástól eltérően itt az iratok tanúsága szerint hiányzik magánvállalkozások részesedése. Egyébként a jelen eljárásban a Stadt Halle ügybelitől eltérő társasági jogi formáról van szó, mégpedig részvénytársaságról. A Parking Brixen ügytől [13] vagy a Teckal-ügytől eltérően pedig a jelen eljárásban az odaítélés nem leányvállalat, hanem a területi önkormányzat „unokája" részére történt.

24. A Bizottság, csakúgy, mint a lengyel kormány, elvi megfontolásokból szigorúan visszautasítja az ilyen értelmezést.

13 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet.

25. A Bíróság ítélkezési gyakorlatából erre vonatkozóan nem vehető ki egyértelmű

útmutatás. Ez érvényes a Parking Brixen ügyben hozott ítéletet követően is.

26. A Teckal-kritériumok közvetett részesedés eseteire történő alkalmazásának alapvető megengedése mellett szól az, hogy a Bíróság a Stadt Halle ügyben megfelelő vizsgálatot hajtott végre arra nézve, hogy teljesülnek-e a két Teckal-kritérium előfeltételei. Ebből alapvető hallgatólagos elismerésre következtethetnénk.

27. A Stadt Halle ügyben hozott ítélet szövege azonban inkább a másik irányba mutat. A 49. pont szövege szerint: „tevékenységének lényeges részét az őt tulajdonában tartó hatóság vagy hatóságok javára végzi". Ebből levezethető, hogy a szolgáltatás közvetlenül az ajánlatkérő mint részvényes és azon jogalany között bonyolódik le, amelynek az ajánlatkérő tulajdonosa.

28. Mivel ez a fordulat azonban kifejezetten a második feltételre, azaz a tevékenység lényeges részére vonatkozik, persze úgy következtethetnénk, hogy a Teckal-ügyben hozott ítélet nem tartalmaz arra a lehetőségre vonatkozó kifejezett kijelentést, hogy közvetett részesedés is teljesítheti-e az első feltételt.

29. Mindazonáltal az a körülmény, hogy a Teckal-ügyben vegyes közjogi helyzet szolgált alapul, és hogy a Bíróság az ilyen helyzeteket az úgynevezett Teckal-kritériumok bevezetésével hallgatólagosan elismerte, amellett szól, hogy mindez alapvetően közvetett részesedésekre is kiterjed. Feltétel azonban, hogy az ellenőrzési kritérium minden részesedési szinten teljesüljön.

30. E feltételt illetően a Parking Brixen ügyben hozott ítélet alapján az a döntő, hogy fennáll-e a lehetősége, hogy a hatóság „olyan jelentős befolyással bírjon, amely kiterjed úgy a stratégiai célokra, mint a fontos döntésekre". Ezért minden jogi előírást és számottevő körülményt figyelembe kell venni.[14] Hogy ezzel a befolyással ténylegesen éljenek is, ezen ítélet szerint már nem tűnik szükségesnek.

B – *A vegyes tulajdonban álló közvállalkozások jogi megítélése*

1. Elvek

31. Az alapeljárás tényállása még egy sajátosságot mutat fel, amely a Stadt Halle ügy

14 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 65. pontja.

alapjául szolgáló tényállástól megkülönbözteti. A jelen eljárásban ugyanis nem vegyes tulajdonban álló jogalanyról van szó, hanem olyan jogalanyról, pontosabban annak anyatársaságáról, amelyben magánvállalkozás nem rendelkezik részesedéssel. Ez ugyan nem következik magából az előzetes döntéshozatalra utaló végzésből, de megtalálható a többi iratban. Egyébként a mások részesedése mindössze 0,02%. Mivel az a maradék részesedés más önkormányzatok, tehát közintézmények tulajdonában van, vegyes közvállalkozásról van szó, avagy úgynevezett „public-public-partnership"-ről.

32. Ha besoroljuk a jelen eljárásban felmerült helyzetet a Bíróság eddigi ítélkezési gyakorlatába, akkor a következő képet kapjuk: egyrészről lényeges eltérés mutatkozik a Stadt Halle ügytől, amelyben vegyes tulajdonban álló jogalanyról volt szó, másrészről egyértelművé válik a Teckal-üggyel való párhuzam, amelyben vegyes tulajdonban álló közjogi jogalany szolgált alapul. Az a jogalany, amely az utóbbi ügyben a közbeszerzési szerződés részese lett volna, az AGAC, ugyan rendelkezett saját jogi személyiséggel, de több önkormányzat jóvoltából jött létre.

33. Amint azt már kifejtettük, a Teckal-kivételnek a vegyes tulajdonban álló közjogi jogalanyokra történő alkalmazása mellett szól a Teckal-ügyben hozott ítéleten túl az a körülmény is, hogy a Bíróság számára a Stadt Halle ügyben [15] hozott ítéletben döntő jelentőségű volt, hogy magánvállalkozások érdekei eltérnek a területi önkormányzatokétól.

34. A jelen eljárásban ugyanakkor csak önkormányzatok részesedéséről és nem magánszemélyek érdekeiről van szó. Mivel az önkormányzatok a köz érdekében álló célokat követnek, legalábbis első ránézésre abból indulhatnánk ki, hogy ez az ellenőrzési feltétel még a legszigorúbb olvasatban is teljesül. Ez mindenesetre akkor igaz, ha az érdekazonosság [16] feltétele alatt azt értjük, hogy ez magánérdek hiánya esetén már adott. Mindenesetre nincs kizárva, és az önkormányzatoknak a gazdasági élet szereplőiként való cselekvései igazolják, hogy az önkormányzatok is képviselhetnek különböző érdekeket. Ilyen esetben már nem áll fenn érdekazonosság.

35. Nem szabad azt sem elhallgatni ennek kapcsán, hogy a Teckal-ügyben úgynevezett „azienda municipalizzata"-ról volt szó, és nem részvénytársaságról, mint a jelen esetben. A társasági jogi forma jelentőségére még visszatérünk.

15 – A fenti 4. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz ügyben hozott ítélet 50. pontja.

16 – Lásd Kokott főtanácsnok megközelítését a fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyre vonatkozó 2005. március 1-jei indítványának 74. és azt követő pontjaiban.

36. Az arra a kérdésre vonatkozó választ, hogyan kell a vegyes tulajdonban álló közjogi jogalanyokat kezelni, azon – a Stadt Halle ügyben hozott ítéletben kifejezetten megerősített – értelmezési alapelv fényében kell megadni, amely szerint szigorúan kell értelmezni minden, a közösségi szabályok alkalmazására vonatkozó kötelezettség érvényesülése alól tett kivételt. [17]

37. Még a Stadt Halle ügyben hozott ítéletben is, amelyben nem több tag részesedéséről volt szó, a Bíróság megerősítette a Teckal-kivétel alapvető alkalmazhatóságát több taggal rendelkező jogalanyokra. Ez abban ismerhető fel, hogy a Bíróság nem csupán szó szerint átvette a Teckal-kivételt, [18] hanem arra is emlékeztetett, hogy a Teckal-ügyben a jogalany hatóságok tulajdonában állt. Itt a Bíróság a többes számot tehát nemcsak a Teckal-kivétel második feltételére alkalmazta.

38. Ebből az következik tehát, hogy még az olyan jogalanyok is alapvetően a kivétel alá eshetnek, amelyeknek több tagjuk van.

39. A Teckal-kivételnek a jelen helyzetre történő alkalmazása érdekében azonban még egy lépéssel tovább kellene menni, mert a jelen esetben ráadásul közvetett részesedésről van szó. Álláspontom szerint a Teckal-kivétel alkalmazhatósága az ilyen helyzetre nem zárható ki eleve általános és elvont jelleggel.

40. Inkább itt is konkrétan meg kell vizsgálni, hogy teljesül-e az ellenőrzés feltétele. Ezzel kapcsolatban emlékeztetni kell a Bíróság által a Parking Brixen ügyben felállított mércére. Eszerint az a döntő, hogy az ellenőrzött jogalany csak egy bizonyos mértékig rendelkezzen önállósággal, [19] éspedig részvényeseivel szemben. [20]

41. Mivel ez esetben, mégpedig az alapító okirat alapján, fennáll a magánszemélyek részesedésének lehetősége, az ellenőrzési feltétel tekintetében meg kell vizsgálni, hogy jogi jelentőséggel bír-e a társasági tőke magánszemélyek részére történő jövőbeni megnyitása.

42. A társasági tőkének magánszemélyek felé történő megnyitását tekintve pedig úgy lehetne különbséget tenni, hogy a magánszemélyek részesedése jogilag csak lehetséges-e, vagy kötelező is. Ami az első eset-

17 – A fenti 4. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz. ügyben hozott ítélet 46. pontja.

18 – A fenti 4. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz. ügyben hozott ítélet 49. pontja.

19 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 70. pontja.

20 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 68. pontja.

csoportot illeti, a továbbiakban aszerint lehetne különbséget tenni, hogy ezzel a lehetőséggel később valóban éltek-e, vagy sem; a korábbi nyitás esetcsoportja, tehát a Stadt Halle ügy tényállása itt már az elejétől kezdve ki van zárva.

43. E tekintetben a Bizottság azt az álláspontot képviselte, hogy még magánszemélyek potenciális részesedése is, amely például a tőketársaság alapító okiratából következik, amellett szól, hogy nem teljesül az ellenőrzés feltétele.

44. A Bizottság által képviselt ezen szélsőséges álláspont ellen szólnak mindenekelőtt alapvető megfontolások. Így a PPP-projektek jogi minősítése pusztán *lehetséges* jövőbeli fejleményektől függne. Hogy ezek aztán *valóban* bekövetkeznek-e, az már lényegtelen lenne. Az ilyen tétel új a közbeszerzési irányelvek rendszeréhez mérten. Ezenkívül az érintett tagállam joga szerint akár tilos is lehet annak megtiltása az alapító okiratban, hogy magánszemélyekre részvényeket ruházzanak át.

45. Mindenesetre a közbeszerzési irányelvek alapjául szolgáló, az előírások megkerülésének tilalma elvét kerüli meg az, hogy olyan eseményeket kell figyelembe venni, amelyek a feladatok átadását követően, azaz a szerződés elnyerése után következnek be. Ez különösen arra az esetcsoportra igaz, ahol ugyan az odaítélés időpontjában még nem következett be nyitás, de erre vonatkozó konkrét tervek már léteztek.

46. Kérdéses, hogy a Parking Brixen ügyben hozott ítélet változtat-e valamit ezen a megítélésen. Ez ellen szól, hogy ott – a jelen esettel ellentétben – előírták a társaság megnyitását az idegen tőke számára, és ez a minősítéshez szükséges öt jellemzőnek csak az egyike volt. [21] Ez mindenesetre nem zárja ki azt, hogy maga a lehetséges nyitás – még ha csak a többi, az alapeljárás tényállására jellemző sajátossággal együtt is – ahhoz vezethet, hogy ebben a helyzetben az ellenőrzés a minimális értéket nem éri el. E többi sajátosságra és azoknak az ellenőrzés tekintetében fennálló jelentőségére azonban még ki kell térni.

47. Ebben az összefüggésben ugyanis szükséges utalni egy, az Osztrák Köztársaság ellen kötelezettségszegés miatt indult eljárás [22] alapjául szolgáló helyzetre, és a Bíróság által ezzel kapcsolatban hozott újkeletű jogi megítélésre.

21 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 67. pontja.

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

48. A Bizottság kontra Ausztria ügyben Mödling város önkormányzata egy korlátolt felelősségű társaságra, tehát önkormányzat 100%-os tulajdonában levő leányvállalatára bízta a szemétszállítást. Körülbelül két héttel a megbízás után az önkormányzat úgy határozott, hogy a részvények 49%-át egy magánvállalkozásra ruházza át. Ez az átruházás körülbelül két héttel később meg is történt. Az átadott tevékenységet pedig ismét néhány héttel később meg is kezdték.

49. Erre vonatkozó, 2005. november 10-i ítéletében a Bíróság hangsúlyozta, hogy minden fázist annak teljességében és célkitűzésére figyelemmel kell megítélni, és nem elkülönítve. [23] Ez a körülmény amellett szól, hogy olyan fejleményeket is figyelembe kell venni, amelyek a feladatok átadását követően következtek be, amint azt a Bíróság abban az eljárásban kifejezetten is hangsúlyozza. [24] Abban az eljárásban azonban, a jelen eljárástól eltérően, valóban bekövetkezett fejleményekről volt szó. Azon eljárásban ugyanis már megnyitották a társaságot magánrészesedés előtt. A tényállás megítélése idején ez már bekövetkezett.

23 – A fenti 22. lábjegyzetben hivatkozott C-29/04. sz. ügyben hozott ítélet 41. pontja.

24 – A fenti 22. lábjegyzetben hivatkozott C-29/04. sz. ügyben hozott ítélet 38. pontja.

50. Ezzel szemben a jelen eljárás irataiból nem derül ki, hogy bekövetkezett-e részvények magánszemélyekre való átruházása, és ha igen, mikor, vagy hogy léteztek-e erre irányuló tervek. Erre tekintettel tehát sem a Parking Brixen ügyben, sem a Bizottság kontra Ausztria ügyben hozott ítélet nem ad egyértelmű iránymutatást arra nézve, hogy elegendő-e a társaság magánrészesedés előtt történő megnyitásának puszta *lehetősége*.

51. Így abból indulhatunk ki, hogy az eddigi ítélkezési gyakorlat alapvetően nem zárja ki a Teckal-kivétel alól a vegyes tulajdonban álló közjogi jogalanyok részére történő odaítéléseket. Ezért a következőkben azokat a feltételeket kell ismertetni, amelyeket az ilyen eljárásoknak teljesíteniük kell.

2. Az egyes feltételek

52. Azon feltételek, amelyek alapján a vegyes tulajdonban álló közjogi jogalanyok részére történő odaítélések a Teckal-kivétel alá eshetnek, az érintett jogalany és azon közjogi jogosultak kapcsolatára vonatkoznak, amelyek közvetlenül vagy közvetve részesedéssel rendelkeznek.

53. Eleve vissza kell utasítani azt az eljárás során előadott érvet, miszerint a Teckal-kivétel csak úgynevezett „szervközi vagy szervezéstani delegációkat", vagy valamely területi önkormányzat szervezetének tagjait érintené. Az ilyen kategóriákra való szűkítés nem vehető ki a Bíróság ítélkezési gyakorlatából.

54. A Bíróság általánosságban ebben az összefüggésben, különösen a Parking Brixen ügyben hozott ítéletben, anyagi és nem formális megközelítést használ. Így, amint azt még pontosabban meg fogjuk mutatni, minden az érintettek közötti kapcsolat felépítésén múlik. Konkrétan számításba jönnek általános-elvont szabályok, mint például a nemzeti társasági jog és a konkrét felépítés is, mint például az érintett jogalany alapító okirata. [25]

55. A jelen eljárásban a szolgáltatás nyújtására hivatott jogalany tekintetében, a Stadt Halle ügytől eltérően, nem német jog szerinti korlátolt felelősségű társaságról van szó, hanem olasz jog szerinti részvénytársaságról (SpA).

56. Ebben az esetben a Codice civile (a továbbiakban: C.C.) vonatkozó előírásai alkalmazandóak.

57. A Teckal-ügyben vizsgált jogalanyhoz képest is áll fenn különbség. Míg azon eljárás tárgya az úgynevezett „azienda municipalizzata" jogi formát kapta, a jelen eljárás éppen olyan jogalanyt érint, nevezetesen az AGESP-t, amely ugyan eredetileg az említett jogi formában működött, de az 1997. szeptember 24-i 148. sz. határozattal részvénytársasággá alakult át.

58. A részvénytársaságok az olasz jog szerint is alapvetően nagyobb önállósággal rendelkeznek, mint a korlátolt felelősségű társaságok.

59. Álláspontom szerint nem elegendő annak elvont vizsgálata, hogy a C.C. szerint milyen befolyásolási lehetőségekkel rendelkeznek a részvényesek a részvénytársaságra, illetve az utóbbi a leányvállalatra. Amint azt már korábban kifejtettem, sokkal inkább a nagymama- és anyavállalat, valamint az anya- és leányvállalat közötti viszony konkrét felépítése a döntő. [26]

25 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 66. és azt követő pontjai.

26 – Lásd a fenti 4. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz. ügyre vonatkozó indítványom 65. pontját.

60. A – például az olasz jog szerinti – részvénytársasági jogi forma tehát önmagában nem „ártalmas". Ez egyébként a Parking Brixen ügyben hozott ítéletből is kivehető, amelyben szintén olasz jog szerinti részvénytársaságról volt szó. Egyedül már az, hogy a Bíróság számára nem volt elég ez a körülmény, hogy ebből a társaság önállóságára és az ellenőrzés hiányára következtessen, amellett szól, hogy az olasz részvénytársaság jogi formája önmagában még nem zárja ki a kielégítő ellenőrzés meglétét.

61. Mindenesetre a saját üzemnek részvénytársasággá alakítása legalábbis egyike azon körülményeknek, amelyeket az önállóság megítélésekor figyelembe kell venni. [27]

62. A konkrét helyzet vizsgálatát tekintve mindenesetre a mindenkori részvényes konkrét jogosultságai a döntőek, és nem azoknak tényleges gyakorlása. [28] A Bíróság ezt a felfogást a Parking Brixen ügyben immáron megerősítette, amikor megvizsgálta az érintett részvénytársaság alapító okiratát. [29]

63. Továbbá a részvényes vagy részvényesek ellenőrzési jogainak nemcsak általában kell az odaítélési döntésekre vagy különösen a konkrét odaítélő döntésre vonatkoznia, [30] hanem az ügyvezetés teljességére is ki kell terjednie.

64. Az ellenőrzés eszközeire tekintettel rendszerint az utasítási jog és a felügyeleti jogosultságok, valamint a kinevezési jogok jönnek számításba. Ennek során abból az alapelvből kell kiindulni, amely szerint a befolyásolás lehetősége, és így nemcsak a jogi előírások a döntők. [31]

65. Végezetül még arra az eljárás során előadott érvre kell kitérni, amely szerint a beszerzési eljárás megítélése és a Teckal-kivétel alkalmazása az érintettek, tehát az ellenőrző és az ellenőrzött jogalanynak a konkrét odaítélés során tanúsított magatartásától függ.

66. Így az érintettek, elsősorban a vegyes tulajdonban álló közjogi jogalany odaítélési eljárásban tanúsított magatartásából lehetne

27 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 67. pontja.

28 – Lásd a fenti 4. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz. ügyre vonatkozó indítványom 76. pontját.

29 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 66. és azt követő pontjai.

30 – Lásd a fenti 4. lábjegyzetben hivatkozott C-26/03. sz. ügyre vonatkozó indítványom 77. pontját.

31 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 65. pontja.

az ajánlatkérőtől való önállóságára következtetni.

67. A jelen ügyben erre vonatkozóan lényegében a szerződés tartalmára utaltak. Különösen az abban rögzített, bizonyos célok el nem érése esetére szóló, szerződésben rögzített joghátrányt kellene az AGESP önállóságának jeleként értékelni.

68. Mivel az ellenőrzési feltétel az ügyvezetés egészének befolyásolására vonatkozik, nem lehet döntő a vizsgálandó jogalany valamely egyszeri odaítélési eljárásban tanúsított magatartása. Ez ugyanis ahhoz vezethetne, hogy ugyanez a jogalany az egyik beszerzési eljárásban a Teckal-kivétel alá esne, a másikban pedig nem. A Bíróság ítélkezési gyakorlatából azonban nem olvasható ki az ilyesfajta esetfüggő szemléletmód. Épp ellenkezőleg, a Bíróság a kapcsolat minősítését és ezzel az ellenőrzési feltétel meglétét olyan körülményekhez köti, amelyek az érintett személyekben rejlenek.

69. Annak konkrét vizsgálata során, hogy a nemzeti jog általános-elvont jogi előírásaiból és az érintett társaság alapító okiratából – jelen esetben különösen annak 19. cikkében – következő konkrét felépítése elegendő ellenőrzést biztosít-e, egyedi tényállásonként kell megítélni. Ez és a nemzeti jog értelmezése azonban az EK 234. cikk szerinti hatáskörmegosztás alapján nem a Bíróság, hanem a nemzeti bíróság feladata.

C – *Közbenső következtetés*

70. A saját szolgálatai felett gyakorolt ellenőrzéshez hasonló ellenőrzés feltétele alapvetően a vegyes tulajdonban álló közvállalkozások esetén is teljesülhet. Az alapeljárás tényállásának megítélése a nemzeti bíróság feladata. E bíróságnak a jelen helyzetre tekintettel a következő körülményeket kell figyelembe vennie:

– a részvényesek érdekeit;

– az „azienda municipalizzata" részvénytársasággá történő átalakítását;

– azt, hogy rögzítették a társaság idegen tőke előtt történő, de nem kötelező megnyitását, és ez nem következett be;

– az AGESP lehetőségét, hogy akár külföldön is fióktelepeket létesítsen;

– az igazgatótanács kinevezésére és az ügyvezetésre való befolyásgyakorlás lehetőségének mértékét;

– az AGESP igazgatótanácsának jogosultságait, valamint

– azt a körülményt, hogy az önkormányzat közvetve, az AGESP Holdingon keresztül részesedéssel rendelkezik az AGESP-ben.

71. A Bíróság természetesen a jelen eljárásban – mint már a Stadt Halle és a Parking Brixen ügyekben is – maga is megítélheti az olyan helyzetet, mint amely az alapeljárásban felmerült. Mivel a fent kifejtett körülmények nagymértékben egyeznek a Parking Brixen ügyben felmerült helyzettel, [32] amelyhez még hozzájön a közvetett részesedés, mindez – az eddigi, sok részről túl szigorúnak minősített ítélkezési gyakorlatból kiindulva – arra enged következtetni, hogy az alapeljárás tényállásában nem teljesül az első feltétel, azaz a saját szolgálatai felett gyakorolt ellenőrzéshez hasonló ellenőrzés.

72. Amennyiben a Bíróság azonban megragadja az alkalmat, hogy eddigi ítélkezési gyakorlatát olyan mértékben pontosítsa, hogy legalább bizonyos vegyes tulajdonban álló közjogi partnerségek teljesíthessék az ellenőrzési feltételt, és arra az eredményre jutna, hogy ez a helyzet az alapeljárásban is, a Bíróság számára az a további lehetőség is felmerülne, hogy – első alkalommal – közelebbről is pontosítsa a második Teckal-kritériumot, vagyis a tevékenység lényeges részére vonatkozó feltételt.

VII – Második feltétel: a tevékenység lényeges részének a fenntartó javára történő végzése

73. Az első Teckal-kritériumtól eltérően a második Teckal-kritériummal kapcsolatban nem létezik olyan, ezen ítéletet követően kialakult ítélkezési gyakorlata a Bíróságnak, amely ezt a feltételt közelebbről magyarázná. A jelen eljárás tehát erre nyújt lehetőséget a Bíróságnak.

74. Az alapeljárás egyébként olyan helyzetet érint, amelyben az első szinten, azaz az

32 – A fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyben hozott ítélet 67. pontja.

önkormányzat és az AGESP Holding között csaknem 100%-os részesedés, és a második szinten, azaz az AGESP Holding és az AGESP között 100%-os részesedés áll fenn.

75. Mint már a Stadt Halle ügyben is, a jelen eljárásban is közvetett részesedésről van szó. Azt kell tehát vizsgálni, hogy alapvetően az „unokatársaságnak" a „nagymama" javára végzett tevékenysége is teljesíti-e a második Teckal-kritériumot.

A – *A kiindulási tétel*

76. Mivel a Bíróságnak a Stadt Halle ügyben hozott ítéletében nem kellett kitérnie a második feltétel értelmezésére, tekintettel az első feltétel általa választott értelmezésére, logikus, ha a Stadt Halle ügyben tett indítványomban ezzel kapcsolatban képviselt felfogást itt megismétlem.

77. A Teckal-ügyben hozott ítéletben felállított második, a lényegességet érintő feltétel az ellenőrzött intézmény összes tevékenységének meghatározott minimális részére vonatkozik. Tehát az összes tevékenység és a részesedés tulajdonosa részére tág értelemben végzett tevékenység vizsgálatáról van szó.

78. Ebben az összefüggésben azonban utalni kell arra, hogy abból a körülményből, hogy a részesedés tulajdonosának fogalmát nem kell túl megszorítóan értelmezni, mindenesetre nem lehet arra a következtetésre jutni, hogy harmadik személyek részére végzett olyan tevékenységeket is ide kell érteni, amelyeket egyébként a részesedés tulajdonosának magának kellene elvégeznie. Ez a gyakorlatban az alapellátást és ismételten a településeket (települési önkormányzatokat) érinti, amelyek meghatározott személyek részére meghatározott közszolgáltatások nyújtására kötelesek.

79. Tisztáznunk kell továbbá, hogy a ténylegesen végzett tevékenységeket kell számításba venni, és nem a jogszabály vagy a társasági alapító okirat alapján lehetségeseket, vagy az olyanokat, amelyek végzésére az ellenőrzött intézmény köteles. [33]

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

33 – Indítványomat követve Kokott főtanácsnok fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyre vonatkozó 2005. március 1-jei indítványának 81. pontja.

81. Itt nem kizárólag pozitív megközelítést képviselünk abban az értelemben, hogy meg kell határozni a részesedés tulajdonosa részére végzett tevékenység terjedelmét, hanem egy negatívat is. A negatív megközelítés szerint abból kellene kiindulni, hogy mekkora a részesedés tulajdonosán kívüli személyek részére végzett tevékenység aránya. Jelen eljárás mellett ez utóbbi felfogás található meg Léger főtanácsnok indítványában, amelyre az eljárásban részt vevő több fél is hivatkozott. Álláspontja szerint „az irányelv akkor alkalmazandó, ha ez az intézmény tevékenységének lényeges részét más gazdasági szereplők vagy más önkormányzatok részére végzi, mint amelyek ezt az ajánlattevőt alkotják" [34]. A Teckal-kivételben választott pozitív megközelítésre tekintettel itt mindenesetre nem kell tovább vizsgálnunk a negatív megközelítést.

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

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

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

85. A nemzeti bíróságnak tehát a „tevékenység lényeges részét" mennyiségi és minőségi körülmények alapján kell megállapítania.

86. Ebből az alapelvből kiindulva Léger főtanácsnok indítványa a következő képet mutatja: egyrészt a teljesített szolgáltatással kapcsolatban a „quasi-exclusivité"-re (kvázi kizárólagosság) hivatkozik, amely a német szövegváltozatban „sämtliche Dienstleistungen" (összes szolgáltatás). [35] Másrészt a Teckal-kivétel olasz eljárási nyelvű szövegére támaszkodik, és „en grande partie"-ról (nagy

34 – Léger főtanácsnok C-94/99. sz., ARGE Gewässerschutz ügyre vonatkozó 2000. június 15-i indítványának 93. pontja (2000. december 7-i ítélet, EBHT 2000., I-11 037. o., kiemelés tőlem).

35 – Léger főtanácsnok fenti 34. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó indítványának 74. pontja.

részben), ami a német szövegváltozatban „im Wesentlichen", [36] (lényegében, lényeges részében) megfogalmazással szerepel, vagy a „la plus grande partie de leur activité"-ről („den größten Teil ihrer Tätigkeit", tevékenységének legnagyobb része) beszél. [37]

87. Közelebbről a jogirodalomban, de a Bíróság előtti eljárásokban is a 93/38 irányelv 13. cikkének 80%-os feltételéről van szó. Ennek indokolásaként arra lehet hivatkozni, hogy ez a feltétel „objektív "és „megfelelő".

88. Itt meg kell jegyezni, hogy egy másik rögzített százalékos arány is objektív és megfelelő lehetne. Amint azt egyes érintettek ebben az előzetes döntéshozatali eljárásban hangsúlyozták, már a Stadt Halle ügyben tett indítványomban is utaltam arra, hogy éppen a rögzített százalékos arány merevsége képezheti a megfelelő megoldás akadályát. Ráadásul ez nem engedi meg minőségi elemek figyelembevételét.

89. A 93/38 irányelv 13. cikke 80%-os feltételének alkalmazhatósága ellen szól az a körülmény, hogy kizárólag meghatározott ágazatokra vonatkozó irányelv kivételes rendelkezéséről van szó. Az ott rögzített mérték a közösségi jogalkotó szándéka szerint csak ezen irányelv keretében érvényes. Habár a gyakorlatban alkalmazható ez az alapgondolat az ágazatokon kívül is, az a döntő, hogy nincs ilyen szabályozás az esetünkben alkalmazandó irányelvben.

90. Másodsorban a 80%-os küszöb átvételének javaslatakor figyelmen kívül hagyják azt, hogy a 93/38 irányelv 13. cikke csak szolgáltatásokra vonatkozik. Kivételes szabályról lévén szó, annak még az ágazaton belüli, szállításra való analóg alkalmazása is tilos. Kizárólag a jogalkotási csomag során bekövetkezett változás hozta magával e tekintetben a szállításokra történő kiterjesztését. [38]

91. Harmadsorban, a közösségi jogalkotó az irányelveknek az úgynevezett jogalkotási csomag révén történt kiegészítése nyomán a 80%-os küszöböt csak az ágazatok kapcsán tartotta meg, és eltekintett annak az úgynevezett klasszikus irányelvbe történő átvételé-

36 – Léger főtanácsnok fenti 34. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó indítványának 81. pontja.

37 – Léger főtanácsnok fenti 34. lábjegyzetben hivatkozott C-94/99. sz. ügyre vonatkozó indítványának 83. pontja.

38 – 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.) 23. cikke.

től. A kiegészítés időpontjában azonban már ismert volt a második Teckal-kritérium, és a jogalkotási folyamat során vita tárgya is volt.

92. Negyedsorban egy további ok szól a 93/36 irányelv 13. cikkének alkalmazása ellen. E cikk (2) bekezdése ugyanis arra kötelezi az ajánlatkérőket, hogy a Bizottságot kérésére tájékoztassák meghatározott adatokról. Ez a rendelkezés a 13. cikkben szabályozott kivétel eljárásjogi ellentételezése. A Teckal-kivételnél a Bíróság azonban más utat választott.

93. Ötödsorban pusztán az a körülmény, hogy a Bíróság a második Teckal-kritériumot nem az általa bizonyára ismert 93/38 irányelvre történő utalással határozta meg, már önmagában véve az alkalmazás ellen szól. A Bíróság megelégedett két, a 13. cikkben említettől eltérő anyagi természetű feltétellel. Azonban ezeket a feltételeket éppen a 13. cikkhez hasonló eljárásjogi szabályozás hiánya miatt szigorúan kell értelmezni.

94. Összességében azon felfogáshoz kell ragaszkodnunk, hogy a 93/38 irányelvből származó 80%-os küszöb nem mérvadó a tevékenység lényeges részének megítélésekor.[39]

B – *A tétel továbbfejlődése az újabb ítélkezési gyakorlat fényében*

95. A kivétel alkalmazásának feltétele a tevékenység lényeges részére vonatkozó feltétel szigorú értelmezése. Ezt a Bíróság megerősítette, amikor a Parking Brixen ügyben hozott ítélet 63. pontjában kifejtette:

„Mivel az előző pontban írt két feltétel esetében a közösségi jog általános szabályai alóli kivételről van szó, azok szigorúan értelmezendők, és az e szabályok alóli kivétel

39 – A kapcsolódó jogirodalomról, amely időközben többségi véleménnyé vált: Meinrad Dreher, „Public Private Partnerships und Kartellvergaberecht – Gemischtwirtschaftliche Gesellschaften, In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau*, 2002., 245. és különösen 253. o.; Wolfram Krohn „»Aus« für In-house-Vergabe, Betreibermodell und Beleihung Privater", *NZBau*, 2005., 92. és különösen 95. o.; Opitz, *Zeitschrift für Vergaberecht*, 2000., 97. (105.) o.; Ulf-Dieter Pape – Henning Holz: „Die Voraussetzungen vorgabefreier In-House-Geschäfte". *NJW*, 2005., 2264., különösen 2265. és azt követő oldalak; Wolfgang Jaeger: „Verträge kommunaler Körperschaften sowie ihrer eigenen und gemischtwirtschaftlicher Gesellschaften über Energiebezug und Kartellvergaberecht", in: Büdenbender-Kühne-Baur: *Das neue Energierecht in der Bewährung: Bestandsaufnahme und Perspektiven*. Baur-FS, 2002., 455. és különösen 464. o.; Christoph Riese – Andreas van den Eikel: „Neues zum In-House-Geschäft – Das Ende für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen?" *Vergaberecht*, 2005., 590. és különösen 601. o.; Kurt Weltzien: „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an In-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector", *Public Procurement Law Review*, 2005., 237. és különösen 249. o., amely jogosan arra utal, hogy a 93/38 irányelv magánvállalkozásokra is érvényes; Jan Ziekow – Thorsten Siegel: „Die Vergaberechtspflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand", *Vergaberecht*, 2005., 145. és különösen 148. o., amelyek a 80%-os formula közösségi joggal való összhangját vonják kétségbe.

alkalmazását megalapozó különleges körülmények tényleges fennállásának bizonyítása azt terheli, aki azokra hivatkozik."

96. Ezen előírásokat a jelen eljárásban is figyelembe kell venni.

97. Továbbra is azt az álláspontot képviselem – mint már a Stadt Halle ügyre vonatkozó indítványomban is –, miszerint a „tevékenységek lényeges része" nemcsak a mennyiségi feltételek, hanem a minőségi körülmények [40] alapján határozandó meg. [41]

98. A *minőségi* körülményekre tekintettel meg kellene határozni, hogyan és kivel szemben fejti ki tevékenységeit az érintett ellenőrzött jogalany. Itt pedig nem közömbös, hogy a jogalany tevékenységét tekintve egyáltalán létezik-e piac, és hogy a jogalany az ellenőrző hatóságtól eltérő személyek részére kifejtett szolgáltatásainak egy részét felkínálja-e a piacon. [42]

99. Ezt azonban nem szabad úgy érteni, hogy az érintett jogalany által kifejtett szolgáltatásokat a közjogitól eltérő jogalanyoknak is keresniük kell. Ugyanis, ha valamely áru vagy szolgáltatás számára csak közjogi *kereslet* van, az még nem jelenti, hogy nincs piac. Létezhetnek ugyanis más *ajánlattevők*. Ezzel a minőségi körülmények megítélése nemcsak az ajánlattevő jogalany és az ellenőrző jogalany közötti viszonytól függ, hanem – az odaítélési jog versenyjogi célkitűzéseinek értelmében – az előbbinek a piacon betöltött gazdasági helyzetétől is. Ez az eset hasonlít azon esetcsoportéhoz, amelynél az irányelvek alapján lehetséges a hirdetmény nélküli tárgyalásos eljárás, ha csak egyetlen gazdasági szereplő képes a szerződés teljesítésére. [43]

40 – Indítványomat követte Kokott főtanácsnok a fenti 7. lábjegyzetben hivatkozott C-458/03. sz. ügyre vonatkozó indítványának 83. pontjában.

41 – Lásd ebben a tekintetben: Marc Gabriel – Bernd Joachimsmeier, *Vergaberecht*, 2005., 103. és azt követő oldalak; Holger Schröder: „In-House-Vergaben zwischen Beteiligungsunternehmen der öffentlichen Hand?" *NZBau*, 2005., 127. és azt követő oldalak; Kurt Weltzien: „Avoiding the Procurement Rules by Awarding Contracts to an in-House Entity: The Scope of Procurement Directives in the Classical Sector". *Public Procurement Law Review*, 2005., 237. és különösen a 248. o.

42 – Ezzel kapcsolatban utalni kell a fenti 38. lábjegyzetben hivatkozott 2004/18 irányelv 1. cikke (8) bekezdésének első albekezdésében szereplő jogi meghatározásra, valamint a fenti 9. lábjegyzetben hivatkozott 2004/17 irányelv 1. cikke (7) bekezdésének első albekezdésére.
Az itt alkalmazandó irányelvben hiányzik az ennek megfelelő, a piacra kifejezetten utaló meghatározás.

43 – Lásd továbbá a 2004/18 irányelv 31. cikke (1) bekezdésének b) pontját és a 2004/17 irányelv 40. cikke (3) bekezdésének c) pontját.

100. Ezenkívül alapvetően tisztázni kell, hogy csak a tényleges tevékenység a döntő-e, avagy figyelembe kell-e venni a jogalany célját, például az alapító okirat szerinti társasági tevékenységeket is, tehát minden olyat, amelyet a jogalany egyáltalán kifejthetne. Habár a jogalany tevékenységeibe vetett bizalom nem idegen a közbeszerzési jogban, az ilyen megközelítés csak még jobban megnehezítené a tevékenység lényeges részének megítélését, mert lehetséges – bizonytalan jövőbeli – tevékenységeket illetően nem állnak rendelkezésre megbízható, aktuális adatok.

101. Továbbá kérdéses, hogy a jogalanynak kizárólag bizonyos vagy összes tevékenységét kell-e figyelembe venni. Így a tevékenység lényeges részére vonatkozó feltételt úgy is érthetnénk, hogy csak abból a tevékenységből kell kiindulni, amelyet az ellenőrző jogalany javára is nyújtani kell, tehát például az energiaszolgáltatást, és ezáltal más, a jogalany által végzett tevékenységeket, mint például a szemétszállítást, nem vesz figyelembe ez a megközelítés, és csupán az ágazatspecifikus arány lenne döntő.

102. Véleményem szerint mindenesetre már az a körülmény, hogy az irányelv rendszere alóli kivételről van szó, a második Teckal-kritérium ilyen értelmezése ellen szól. Ugyanis ez a kivétel által érintett eljárások számának növekedéséhez vezethetne azon esetekben, amelyekben a tevékenység lényeges részére vonatkozó feltétel ugyan teljesül a tevékenységek egy bizonyos fajtájára vonatkozóan, de nem teljesül a jogalany összes tevékenységét illetően.

103. Amint a Teckal-ügyben hozott ítélet szövege és az eljárás alapjául szolgáló tényállás is mutatja, a tevékenység lényeges részére vonatkozó feltétel nemcsak akkor teljesülhet, ha a részvényes részére végzett tevékenység átlépi a lényegességi küszöböt, hanem azáltal is, hogy az összes, minden részvényes részére kifejtett szolgáltatást összeszámoljuk, és ezt az eredményt összehasonlítjuk az összes tevékenységgel.

104. A Teckal-ügyben hozott ítélet 50. pontjában a Bíróság a második feltételre tekintettel is a többes számot alkalmazta, és a következőket fejtette ki:

„[...] Ez csak azon két együttes feltétel esetén lehetne másként, ha a területi vagy települési önkormányzat a kérdéses személy felett olyan ellenőrzést gyakorolna, mint amelyet a saját szervei felett, és ha ez a személy a

tevékenységének lényeges részét azon önkormányzattal vagy *önkormányzatokkal* valósítaná meg, amelyeknek a tulajdonában van."[44]

105. Ha komolyan vesszük ezt a megfogalmazást, akkor nemcsak az ellenőrző jogalany, azaz Busto Arsizio önkormányzata javára végzett szolgáltatások a döntők. Sokkal inkább figyelembe kell venni a többi részvényes javára végzett szolgáltatásokat is.

106. A *mennyiségi* körülmények tekintetében nemcsak a forgalom számít. Tekintetbe kell venni más gazdasági mutatókat is. Így, amint azt a második előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés kapcsán kifejtettük, alapvetően figyelembe vehető az összbevétel keretében a bevételek azon része is, amely a részvényes javára végzett tevékenységekből származik. Mindazonáltal az összbevétel részarányát tekintve is az összforgalom részarányára érvényes azon alapelv alkalmazandó, hogy nem elegendő a többi bevétellel szembeni gyenge túlsúly. Mindkettő – hangsúlyozzuk – csak a mennyiségi szempontot veszi figyelembe.

44 – Kiemelés tőlem.

107. Végezetül a Bíróság a tevékenység lényeges részére vonatkozó feltétel tekintetében nem pontosította, mely időpontban kell e feltételeknek fennállniuk, vagy melyik időszak mérvadó a megítélés szempontjából.

108. A közbeszerzési irányelvek rendszerének megfelelően ez az az időpont lenne, amikor az odaítélő hatóság cselekszik, azaz jelen esetben átadja a feladatot. Ez azonban pillanatfelvételhez vezet, hacsak nem egy hosszabb időszakot vesznek figyelembe, mint például a 93/38 irányelv 13. cikke.

109. Mivel az AGESP nem csupán közvetlenül az önkormányzat részére nyújt szolgáltatást, hanem bizonyos szolgáltatások tekintetében a községbeli harmadik személyek részére is, éspedig vállalkozások részére csakúgy, mint magánháztartások részére, felmerül a kérdés, hogy vajon tekinthetők-e, és ha igen, milyen feltételek mellett az önkormányzat, azaz a Teckal-kritérium értelmében vett ellenőrző jogalany javára végzett szolgáltatásoknak olyan szolgáltatások is, amelyeket nem közvetlenül az önkormányzat javára végeznek.

110. Ezen a ponton lesz még egyértelműbb az érintett jogalanyok számára a második Teckal-kritérium határozatlansága, és az ezzel kapcsolatos jogi egyértelműség hiánya.

A jogbiztonság követelményére tekintettel ezért pontosításra van szükség.

111. Ebben az összefüggésben ugyanis felmerült a kérdés, hogy meghatározó-e, mely területen végezték a szolgáltatásokat. Ha ezt az elméletet követnénk, az alapeljárásban csak a Busto Arsizio önkormányzatának illetékességi területén végzett szolgáltatásokat kellene figyelembe venni. A kielégítő területi összefüggés legalábbis a figyelembevétel megfelelő feltétele. Ez azzal áll összefüggésben, hogy az ilyen kapcsolat a közintézmények, és különösen önkormányzatok illetékességének meghatározásakor lényeges szerepet játszik. Túl szűk lenne mindenesetre az a felfogás, miszerint csak az önkormányzat illetékességi területén lakhellyel rendelkező személyek részére nyújtott szolgáltatásokat vennék figyelembe. Fordítva azonban, éppen olyan szolgáltatásokat is figyelembe lehetne venni, amelyeket ugyan az önkormányzat illetékességi területén kívül fejtenek ki, de az önkormányzat illetékessége alá tartozó személyek javára szolgál, például azért, mivel az önkormányzat ezt a szolgáltatást maga nem biztosítja – mondjuk pénzügyi indokból –, hanem olyan jogalany kínálja fel ezt a szolgáltatást, amelyben több önkormányzat, vagy egy, vagy több régió érintett.

112. Továbbá hangsúlyozni kell, az a körülmény, hogy kinek a nevére állítják ki a számlát a szolgáltatásról, vagy hogy kinek a részéről történik a szolgáltatás ellenértékének a kifizetése, a figyelembevétel szempontjából nem releváns. Így például éppen a koncesszió formájában teljesített alapellátási feladatokra jellemző, hogy legalább az ellenérték egy része a szolgáltatás igénybevevőitől származik. Itt különösen az irányelvekbe bevont, a díjfizetéses autópályák építését érintő koncessziókra kell gondolni. A kommunális gyakorlat szempontjából nagy jelentőségűek a szállítási szolgáltatás, energiaszolgáltatás, szemétszállítás, valamint az építési beruházás és esetlegesen a képző- vagy szabadidős intézmények vagy parkolók üzemeltetése. Ilyen esetekben mindenesetre először azt kellene vizsgálni, hogy nem szolgáltatási koncessziókról van-e szó, amelyekre az irányelvi rendszer már ebből az okból kifolyólag sem alkalmazandó.

113. A Bíróságnak oly módon kellene tisztáznia a második Teckal-kritériumot, hogy rögzítse azon feltételeket, amelyek teljesülése esetén a harmadik személyek részére nyújtott szolgáltatásokat is figyelembe kell venni. Leginkább az olyan típusú kapcsolat jön tekintetbe, amely harmadik személyek és az ellenőrző jogalany, jelen esetben tehát az önkormányzat között áll fenn. Az önkormányzatnak történő betudás különösen azon esetekben érthető, amelyekben az önkormányzat harmadik személyekkel szemben szolgáltatásra kötelezett. Itt nem feltétlenül a közjogból, tehát például megfelelő regionális törvényekből származó ellátási kötelezettségről kell, hogy szó legyen. Magánjogi kötelezettségek bevonása is lehetséges, amint az például a magánszemélynek az önkormányzattal kötött szerződéséből adódhat. Szintén tisztázni kellene, hogy egyéb szerződéses kapcsolatok, például a harmadik sze-

mélyek és a szolgáltatást nyújtó jogalany között létrejöttek, szintén szerepet játszanake. E tekintetben is annak kellene meghatározónak lennie, hogy a tényleges szolgáltatásnyújtás mellett más jogi kapcsolat is fennáll-e az önkormányzat és a szolgáltatást nyújtó jogalany között.

115. Összességében tehát rögzítendő, hogy nem egyedül a harmadik személy fogyasztói minősége a döntő, hanem az ügylet tartalmára is figyelni kell.

C – *Közbenső következtetés*

114. Mindenesetre el kell utasítani azt a felfogást, miszerint mindenfajta, az érintett területi önkormányzat, tehát itt Busto Arsizio önkormányzat lakosságának javára nyújtott szolgáltatást figyelembe kell venni. Ezáltal ugyanis figyelembe vennének mindenfajta, magánszemélyek részére nyújtott szolgáltatást is, anélkül hogy az önkormányzattal bármiféle kapcsolat fennállna. Az üzleti tevékenység e része ugyanis nem lenne döntő jelentőségű. Ha a jogalany például nemcsak energiát szolgáltatna, vagy szemetet szállítana, hanem bizonyos árukat is értékesítene, például fűtőtesteket vagy szeméttárolókat, ezt a forgalmat is figyelembe vennék, habár olyan áruról van szó, amelyet a fogyasztó más forrásokból is megszerezhet. Az olyan értelmezés, amely egyedül a harmadik személy fogyasztó tulajdonságára támaszkodik, ahhoz vezetne, hogy minden, a fogyasztók részére nyújtott szolgáltatást figyelembe vennének, csak azért, mert azok lakóhelye az önkormányzat illetékességi területén található.

116. Vegyes tulajdonban álló közvállalkozások és közvetett részesedés esetében is teljesülhet a feltétel, miszerint az ellenőrzött intézménynek a tevékenysége lényeges részét az őt fenntartó területi önkormányzat vagy területi önkormányzatok javára kell kifejtenie. E vonatkozásban az ellenőrző jogalanynak bizonyos, harmadik személyek részére kifejtett szolgáltatások is betudhatók.

117. A jelen eljárásban a nemzeti bíróságnak számos körülményt kell figyelembe vennie, amelyek közé olyanok is tartoznak, mint az a bevétel, amely a részvényes részére végzett tevékenységből származik, de nem tartozik ide a 93/38 irányelv 13. cikke szerinti 80%-os feltétel.

VIII – Végkövetkeztetések

118. Mindezeket követően azt javasolom a Bíróságnak, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekre a következőképpen válaszoljon:

„Az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/36/EGK tanácsi irányelvet úgy kell értelmezni, hogy azzal kizárólag akkor nem ellentétes az alapeljárásban érintett szerződés közvetlen odaítélése, ha teljesülnek a következő feltételek:

Elsőször is a területi önkormányzat a jogalany felett a saját szolgálatai felett gyakorolt ellenőrzéshez hasonló ellenőrzést gyakorol. A nemzeti bíróságnak ennek kapcsán a következő körülményeket kell vizsgálnia:

– a részvényes érdekeit;

– az »azienda municipalizzata« részvénytársasággá történő átalakítását;

– azt, hogy rögzítették a társaság idegen tőke előtt történő, de nem kötelező megnyitását, és ez nem következett be;

– az AGESP lehetőségét, hogy akár külföldön is fióktelepet létesítsen;

– az igazgatótanács kinevezésére és az ügyvezetésre való befolyásgyakorlás lehetőségének mértékét;

– az AGESP igazgatótanácsának jogosultságait, valamint

– azt a körülményt, hogy az önkormányzat közvetve, az AGESP Holdingon keresztül részesedéssel rendelkezik az AGESP-ben.

Másodszor e jogalanynak a tevékenységét lényeges részben az őt fenntartó területi önkormányzat vagy területi önkormányzatok részére kell végeznie. A nemzeti bíróságnak ennek kapcsán a 76–115. pontban felsorolt körülményeket kell figyelembe vennie, amelyek közé olyanok is tartoznak, mint az a bevétel, amely a részvényes részére végzett tevékenységből származik, de nem tartozik ide a 93/38 irányelv 13. cikke szerinti 80%-os feltétel."