DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

Az ismertetés napja: 2009. június 2. [1]

I – Bevezetés

1. A Tribunale amministrativo regionale della Sicilia (Olaszország) által előterjesztett előzetes döntéshozatal iránti kérelem a Bíróság számára alkalmat ad arra, hogy elemezze a közszolgáltatások végzése terén való „köz- és a magánszféra közötti partnerség” [2] (a továbbiakban: PPP) mechanizmusainak jogi szabályozását, és hogy megvizsgálja ennek az EK 43. cikkel, az EK 49. cikkel és az EK 86. cikkel való összeegyeztethetőségét.

2. E közszolgáltatásoknak vegyes tőkéjű társaság számára történő közvetlen odaítélése akkor sérti a közösségi jogot, ha a közbeszerzésekről szóló irányelvek mechanizmusainak megkerüléséhez vezet. A kifogás a szolgáltatási koncessziók ellen is irányul, mivel ezek sértik az EK 43. cikket és az EK 49. cikket, valamint az egyenlő bánásmód elvét, a hátrányos megkülönböztetés tilalmát és az átláthatóság elvét, [3] kivéve, ha ésszerű keretek között saját eszközeikhez folyamodnak. [4]

3. A jelen ügy a Bíróság által eddig felülvizsgált pályázatoktól abban különbözik, hogy az olasz bíróság az integrált vízszolgáltatás működtetésének egy köz- és magántőkéből alapított vegyes tőkéjű társaság számára történő közvetlen odaítélésére hivatkozik, hangsúlyozva ugyanakkor, hogy az érintett önkormányzatok előzetesen nyilvános pályázatot írtak ki, amelynek azonban a hagyományos szerepe, úgy tűnik, megváltozott.

4. A szerződést elnyerő félnek vagy a koncesszió jogosultjának kiválasztása ugyanis a közbeszerzési szerződést vagy koncessziót elnyerő gazdasági társaság magántagja kijelö-

1 – Eredeti nyelv: spanyol.

2 – A jelen főtanácsnoki indítvány spanyol nyelvi változatában használt „CPP” a „colaboración público-privada” rövidítése; az angol és a francia nyelvi változatokban ez a PPP-nek felel meg, mégpedig külön-külön a „public private partnerships” és a „partenariats public-privé” rövidítéseképpen.

3 – A C-29/04. sz., Bizottság kontra Ausztria ügyben 2005. november 10-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-9705. o.) 48. pontja, a C-410/04. sz. ANAV-ügyben 2006. április 6-án hozott ítélet (EBHT 2006., I-3303. o.) 33. pontja és a C-458/03.- sz. Parking Brixen ügyben 2005. október 13-án hozott ítélet (EBHT 2005., I-8585. o.) 52. pontja.

4 – Amennyiben az „in house providing” feltételei teljesülnek.

lésének módszerévé alakult, és ez a kijelölés a felmerülő költségeken felül a szolgáltatás végrehajtását is feltételezi.

5. A Bizottság kontra Ausztria ügyben hozott ítélettel [5] ellentétben – amelyben a Bíróság azt állapította meg, hogy az ügy tárgyát képező koncessziós szerződést „több elkülönülő szakaszból" álló mesterséges konstrukciójú eljárás során ítélték oda, és jogellenesnek nyilvánította a koncesszió valamely vegyes tőkéjű társaság számára történő *„in house"* [6] formába bújtatott odaítélését – a jelen ügyben szerepet játszik a verseny, mégpedig egy eddig ismeretlen formában és bizonyos mértékben szigorúságot sem nélkülöző eljárásban, mivel egyetlen jogi aktus elegendő a társaság alapításához, az adott feladat e társaságra bízásához és az ipari magántag társaságba való bevonásához szükséges feltételek megállapításához. Mit kívánhatunk még?

6. A kérdés arra vonatkozik, hogy ez a rövidítés összeegyeztethető-e a közösségi jogi követelményekkel. [7]

5 – A fent hivatkozott ítélet.

6 – A Bizottság által az EK 226. cikk alapján a Bíróság elé terjesztett tényállási elemek előrevetítik, hogy a tagállami kötelezettségszegés megállapítása iránti keresetnek helyt kell adni, elsősorban mivel Mödling városa nyilvános pályázat nélkül ítélte oda a 100%-os tulajdonában lévő AbfallGmbH társaságnak a városi hulladék összegyűjtését és ártalmatlanítását, majd röviddel ezt követően az üzletrészének 49%-át a Saubermacher AG-re ruházta át; ez döntő jelentőségű volt abban, hogy az AbfallGmbH,végeredményben szolgáltatásokra irányuló közbeszerzést közvetlenül egy 49%-ban magántulajdonú vegyes tőkéjű társaság részére ítéljen oda.

7 – Számomra ez Dossi, C. szarkasztikus megjegyzését idézi, in *Note Azurre* (Ed. Adelphi, Milánó, 1964, I. kötet, 248. o.), amelyben kifigurázza a jogellenes eszközök felhasználásának hiábavalóságát, amikor a jogszerű megoldások sokkal egyszerűbbek.

II – Az alkalmazandó jogszabályok

A – *A közösségi jog*

1. A Római Szerződés

7. Az EK 43. cikk kimondja, hogy:

„Az alábbiakban megállapított rendelkezéseknek megfelelően tilos a valamely tagállam állampolgárainak egy másik tagállam területén történő szabad letelepedésére vonatkozó minden korlátozás. […]

A szabad letelepedés magában foglalja a jogot gazdasági tevékenység önálló vállalkozóként történő megkezdésére és folytatására, vállalkozások, így különösen a 48. cikk (2) bekezdése szerinti társaságok alapítására és irányítására, a letelepedés országának joga által a saját állampolgáraira előírt feltételek szerint, figyelemmel a tőkére vonatkozó fejezet rendelkezéseire is."

8. Az EK 46. cikk kimondja, hogy:

„(1) E fejezet rendelkezései és az azok alapján hozott intézkedések nem érintik azoknak a törvényi, rendeleti és közigazgatási rendelkezéseknek az alkalmazhatóságát, amelyek közrendi, közbiztonsági vagy közegészségügyi okokból különleges elbánást írnak elő a külföldi állampolgárokra nézve.

(2) A Tanács a 251. cikkben megállapított eljárásnak megfelelően irányelveket bocsát ki a fent említett rendelkezések összehangolása céljából.”

9. Az EK 49. cikk első bekezdése kimondja, hogy:

„Az alábbiakban megállapított rendelkezéseknek megfelelően tilos a Közösségen belüli szolgáltatásnyújtás szabadságára vonatkozó minden korlátozás a tagállamok olyan állampolgárai tekintetében, akik a Közösségnek nem abban a tagállamában letelepedettek, mint a szolgáltatást igénybe vevő személy.”

10. Az EK 86. cikk (1) bekezdése arra kötelezi a tagállamokat, hogy „[a] közvállalkozások és az olyan vállalkozások esetében, amelyeknek a tagállamok különleges vagy kizárólagos jogokat biztosítanak, […] az e szerződéssel, különösen az annak 12. és 81–89. cikkében foglalt szabályokkal ellentétes intézkedéseket” ne hozzanak, és ne tartsanak fenn.

2. A közbeszerzésekre vonatkozó irányelvek

a) A hagyományos ágazatok

11. Az olyan szempontokra vonatkozó szabályok sokfélesége, mint a kiválasztás értékelésének a szerződés tárgyától függő feltételei, vagy mint az ajánlatkérő szerv számára biztosított mérlegelési jogkör fokozatos csökkentése, reformot követelt, amely néhány szerény próbálkozást követően [8] 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 [9] által megvalósított kodifikációhoz vezetett.

8 – Mint például a szolgáltatás nyújtására irányuló, illetőleg az árubeszerzésre irányuló, illetőleg az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló 92/50/EGK, illetőleg 93/36/EGK, illetőleg 93/37/EGK irányelv módosításáról szóló, 1997. október 13-i 97/52/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL 1997. L 328., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 3. kötet, 3. o.).

9 – HL 2004. L 134., 114. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 132. o.

12. Ugyanakkor az odaítélés szabályainak tiszteletben kell tartani a Római Szerződés elveit, és különösen az áruk szabad mozgásának, a letelepedés szabadságának, a szolgáltatásnyújtás szabadságának elveit, valamint az egyenlő bánásmód, a hátrányos megkülönböztetés tilalma, a kölcsönös elismerés, az arányosság és az átláthatóság általánosabb elveit.

13. Ezen elvek érvényesülésének biztosítása, valamint a közbeszerzések verseny előtti megnyitása érdekében a bizonyos értéket meghaladó közbeszerzési szerződések esetében azonban „rendelkezéseket [kellett] hozni az ilyen szerződések odaítélésére vonatkozó nemzeti eljárások közösségi összehangolására vonatkozóan, amely rendelkezéseknek az említett elveken kell alapulniuk […]” (2004/18 irányelv (2) preambulumbekezdése).

14. A jogbiztonság érdekében a 2004/18 irányelv 1. cikke számos fogalmat meghatároz, amelyek közül – a közbeszerzési szerződés és a koncesszió közötti alig észrevehető választóvonal behatárolása érdekében – a következőket emelem ki:

– közbeszerzési szerződés: „egy vagy több gazdasági szereplő és egy vagy több ajánlatkérő szerv által írásban megkötött visszterhes szerződés, amelynek tárgya az ezen irányelv szerinti építési beruházás kivitelezése, vagy áru szállítása, vagy szolgáltatás nyújtása”.

– építési koncesszió: „az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződéssel azonos típusú szerződés, kivéve azt a jellemzőjét, hogy a kivitelezendő építési beruházás ellenszolgáltatása vagy kizárólag az építmény hasznosításának joga, vagy e jog pénzbeli ellenszolgáltatással együtt”.

– 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”.

b) A kizárt ágazatok

15. A vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban történő közbeszerzés különleges jellegére tekintettel az általános rendszer nem alkalmazható a sajátosságaik figyelembevétele nélkül.

16. Ennek figyelembevétele érdekében fogadták el a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/17/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvet, [10]

10 – HL 2004. L 134., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 19. o.

amely a fent hivatkozottakkal [11] azonos elveken nyugszik, jóllehet a 2004/18 irányelvétől eltérő szellem vezérli, mivel a meghatározó tényező nem az ajánlatkérő személyében rejlik, hanem a közbeszerzési szerződés tárgyát képező tevékenység jellegében. [12]

17. A 2004/17 irányelv az árubeszerzésre, építési beruházásra és szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződéssel foglalkozik (az 1. cikk (2) bekezdésének b), c) és d) pontja), amelyet a koncessziótól elhatárol (az 1. cikk (3) bekezdésének a) és b) pontja), és kimondja, hogy e rendelkezések az „olyan rögzített hálózatok rendelkezésre bocsátás[ára] vagy üzemeltetés[ére]" alkalmazandók, amelyek „rendeltetése a fogyasztók számára szolgáltatás teljesítése az ivóvíz előállítása, szállítása vagy elosztása terén" (a 4. cikk (1) bekezdésének a) pontja), valamint az „ivóvíz szállítás[ára] ilyen hálózatok számára" (a 4. cikk (1) bekezdésének b) pontja).

B – *Az olasz jog*

18. A helyi önkormányzatokról szóló törvények egységes szövegének megállapításáról szóló, 2000. augusztus 18-i 267. sz. törvényerejű rendelet (a továbbiakban: 267/2000 törvényerejű rendelet) [13]

113. cikkének (5) bekezdése a tényállás idején hatályos változatában [14] az önkormányzatok [15] számára a közszolgáltatások működtetése terén három lehetőséget ajánlott, attól függően, hogy kinek ítélik oda:

„[…]

a) a nyilvános közbeszerzési eljárás útján kiválasztott tőkeegyesítő társaságok számára;

b) vegyes tőkéjű – köz- és magántőkéből alapított – társaságok számára, amelyekben a magánbefektetőt olyan nyilvános közbeszerzési eljárás útján választották ki, amely biztosítja a nemzeti és közösségi versenyszabályok betartását az illetékes hatóságok által különleges intézkedésekben és körlevelekben elfogadott iránymutatásoknak megfelelően;

11 – A 2004/17 irányelv 10. cikke és (9) preambulumbekezdése.

12 – Lásd a C-393/06. sz. Ing. Aigner-ügyben 2007. november 22-én benyújtott indítványom 41. pontját; az ügyben a Bíróság 2008. április 10-én hozott ítéletet (EBHT 2008., I-2339. o.).

13 – A Gazzeta Ufficiale della Repubblica Italiana (a továbbiakban: GURI) 2000. szeptember 28-i 227. számának rendes melléklete.

14 – A rendelkezéseket a 448/2001. sz. olasz törvény (a GURI 2001. december 29-i 285. számának rendes melléklete) 35. cikke változtatta fel, illetve a fejlődés előmozdítására irányuló sürgős rendelkezésekről és az államháztartás működésének javításáról szóló, 2003. szeptember 30-i 269. sz. törvényrendelet (a GURI 2003. október 2-i 229. számának rendes melléklete) 14. cikke módosította.

15 – Mindenekelőtt felidézve az ágazati jogszabályok és az európai uniós jogszabályok tiszteletben tartásának szükségességét.

c) teljes egészében köztőkéből alapított társaságok számára azzal a feltétellel, hogy az alaptőkében részesedéssel rendelkező önkormányzat vagy önkormányzatok e társaságot a saját szerveik felett gyakorolt ellenőrzéshez hasonló módon ellenőrizzék, és hogy a társaság tevékenységének lényeges részét az őt ellenőrző önkormányzat vagy önkormányzatok részére végezze."

19. Az a) pont a szerződéses eljárásnak felel meg, a c) pont a belső megbízásokat vagy az „in house" [16] közbeszerzést fedi le, míg a b) pont teljes egészében a „köz- és magánszféra közötti partnerség" [PPP] sikamlós talaján áll.

III – Az alapügy tényállása és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés

20. A 2002. július 10-i együttműködési megállapodásban a Provincia Regionale di Ragusa és helyi önkormányzatai létrehozták a vízügyi „Ambito Territoriale Ottimalét" (a továbbiakban: ATO), amelyet az „integrált vízszolgáltatás" megszervezésének feladatával bíztak meg.

21. A Conferenza dei Sindaci e del Presidente (megyei polgármesteri és elnöki közgyűlés) della Provincia Regionale di Ragusa [17] 2004. március 26-án az integrált vízszolgáltatás üzemeltetését egy „döntően köztulajdonban lévő vegyes tőkéjű társaságra" bízta a 267/2000. számú törvényerejű rendelet 113. cikke (5) bekezdésének b) pontja értelmében; 2005. június 7-én jóváhagyta a részvénytársaság alapító okiratának és alapszabályának tervezetét, amely e gazdasági társaság kizárólagos felhatalmazását rögzítette.

22. Az *Európai Unió Hivatalos Lapjában* (HL S 195.) nyilvános pályázati ajánlatot tettek közzé a kisebbségi tag magánvállalkozás kiválasztása érdekében, amelynek feladata az integrált vízszolgáltatás működtetése és az e szolgáltatással összefüggő munkálatok végrehajtása volt.

23. A pályázaton három időszakos vállalati társulás vett részt, mégpedig a Saceccav Depurazioni Sacede SpA, az Acoset SpA és az Aqualia SpA.

24. A döntőbizottság kizárta az Aqualia SpA-t, a többit pedig elfogadta; miután azonban felhívta őket, hogy nyilatkozzanak arról, hogy érdekükben áll-e még a pályázat elnyerése, csupán az Acoset SpA adott igenlő választ.

16 – A fent hivatkozott ANAV-ügyben a Bíróság megvizsgálta a 267/2000. sz. törvényerejű rendelet 113. cikke (5) bekezdésének a közösségi joggal való összeegyeztethetőségét, a b) ponttal kapcsolatban felmerülő nehézségekkel azonban nem foglalkozott, mivel a Tribunale amministrativo regionale per la Puglia a közigazgatási szerv nagy választási szabadságáról kérdezte a tekintetben, hogy a tömegközlekedést egy, az érintett közigazgatási szerv ellenőrzése alá tartozó társaságnak ítéli-e oda (c) pont), vagy hogy nyilvános közbeszerzési eljárást indít-e (a) pont), amint arra Geelhoed főtanácsnok a 2006. január 12-i főtanácsnoki indítványának 11. pontjában helyesen rámutat.

17 – Az ATO irányító testülete.

25. Mindazonáltal 2007. február 26-án eljárás indult a pályázati eljárás megsemmisítése iránt, mivel attól lehetett tartani, hogy a pályázati eljárás a közösségi joggal összeegyeztethetetlen. Végül a megyei polgármesteri és elnöki közgyűlés a 2007. október 2-i határozatában a pályázat odaítélését megsemmisítette, és emellett a szolgáltatás üzemeltetési formáját konzorciumban [18] határozta meg.

26. A hivatkozott közigazgatási jogi aktus és az ehhez kapcsolódó jogi aktusok ellen benyújtott fellebbezésben az Acoset SpA a szerződés odaítéléséhez való jogára, illetve a kártérítéshez való jogára hivatkozott, és kármegelőzés címén kérte a megtámadott határozatok felfüggesztését.

27. Ezen körülmények között a kérdést előterjesztő bíróság a következő kérdéssel kereste meg a Bíróságot:

„Összeegyeztethető-e a közösségi joggal, különösen az átláthatóságnak és a szabad versenynek a Szerződés 43., 49. és 86. cikkében rögzített követelményével egy meghatározott, ipari jellegű szolgáltatás nyújtása végett, kizárólagos társasági céllal alapított vegyes tulajdonú, köz- és magántulajdonban lévő társasági modell, amely számára közvetlenül ítélik oda a szóban forgó szolgáltatást, és amely társaságban az »ipari« és »operatív« jellegű magánjogi tagot nyilvános eljárás során választják ki, miután ellenőrzésre kerültek az elvégzendő szolgáltatásra és a sajátos szolgáltatásnyújtásra vonatkozó pénzügyi és műszaki, valamint a tényleges operatív és üzemeltetési feltételek?”

18 – Lásd a 267/2000. sz. törvényerejű rendelet 31. cikkének (8) bekezdését.

IV – A Bíróság előtti eljárás

28. Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem a Bíróság Hivatalához 2008. május 14-én érkezett.

29. Írásbeli észrevételeikben a megyei polgármesteri és elnöki közgyűlés, valamint Vittoria önkormányzata azt kérik, hogy a Bíróság állapítsa meg a közbeszerzési eljárás közösségi joggal való összeegyeztethetetlenségét, mivel a magántag kiválasztására irányuló nyilvános ajánlati felhívás ellenére a szolgáltatást közvetlenül a vegyes tőkéjű társaságnak ítélték oda. Comiso és Modica önkormányzata az Acoset SpA eljáráshoz fűződő érdekének a közbeszerzési eljárás megsemmisítése miatti megszűnéséből eredő következményekkel kapcsolatban kér előzetes döntéshozatalt.

30. Az Acoset SpA, a Bizottság, továbbá az olasz, az osztrák és a lengyel kormány ezzel szemben azt állítja, hogy az EK 43. cikket,

az EK 49. cikket és az EK 86. cikket nem sérti ez az odaítélés, amennyiben a közösségi jogi biztosítékokat tiszteletben tartják.

31. A 2008. április 2-án tartott tárgyalás alkalmával az Acoset SpA, az olasz kormány és a Bizottság képviselői szóbeli észrevételeket terjesztettek elő.

V – Az elfogadhatóságról

A – *Egy előzetes észrevétel*

32. Jóllehet senki nem hozta fel ezt a kérdést, szeretnék minden kétséget eloszlatni az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés közösségi jelentősége felől, azon gyanú elhárítása érdekében, hogy esetleg tisztán belső tagállami helyzetről van szó, mivel valamennyi érintett vállalkozás székhelye Olaszországban van.

33. Nem zárható ki, hogy a jelentőségük miatt a jogvita tárgyát képező szolgáltatások egy másik tagállamban letelepedett társaság figyelmét felkeltik, ezért e tényállás közösségi vonatkozású (a C-87/94. sz., Bizottság kontra Belgium ügyben 1996. április 25-én hozott ítélet [19] és a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet), amit alátámaszt a közösségi alapelvek és a Szerződés rendelkezéseinek értelmezése is.

34. Ugyanakkor, még ha – amint azt a későbbiekben kifejtem – a PPP-k harmonizációja nem is valósult meg, meg kell vizsgálni a közbeszerzésekkel kapcsolatos hasonló rendelkezéseket, és e rendelkezéseket össze kell hasonlítani a koncesszióval a szolgáltatásoknak és az üzemeltetésnek az egyes esetekre vonatkozó jellegének feltárása érdekében.

B – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés hiányos jellege*

35. Az osztrák kormány azt állítja, hogy amennyiben az értelmezés iránti kérelem érthető és válaszra méltó, akkor sem kellően világos ahhoz, hogy az alapeljárásban használ lehessen venni, mivel nem ad tájékoztatást a szolgáltatás sajátosságáról, a pályázati eljárás tartalmáról, illetve a kielégítendő feltételek előzetes felülvizsgálatának terjedelméről.

36. Ahhoz, hogy a Bíróság a közösségi jogot a nemzeti bíróság számára hasznosan értelmezze, és ezzel egyidejűleg lehetővé tegye, hogy az előzetes döntéshozatali eljárásban

19 – A C-87/94. sz. ügyben hozott ítélet (EBHT 1996., I-2043. o.) 33. és 54. pontja.

részt vevők előterjeszthessék észrevételeiket,[20] szükséges, hogy a nemzeti bíróság meghatározza az általa feltett kérdések ténybeli és jogszabályi hátterét, vagy legalábbis kifejtse azokat a ténybeli körülményeket, amelyeken e kérdések alapulnak.[21]

37. A Bíróság kimondta, hogy csak akkor utasítható el a határozathozatal az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésről, ha a kért értelmezés nyilvánvalóan nem áll kapcsolatban az alapjogvita tényeivel vagy tárgyával, vagy ha a probléma hipotetikus.[22]

38. Mivel az előzetes döntéshozatalra utaló határozat minimális tájékoztatást nyújt a 267/2000. számú törvényerejű rendelet 113. cikkének (5) bekezdésével és az ezen rendelkezés alapján indított közbeszerzési eljárással, valamint a vonatkozó közösségi jogszabályokkal és alapelvekkel kapcsolatban, a Bíróság köteles választ adni,[23] mivel semmi oka arra, hogy a kérdést *ad limine* elutasítsa.

20 – A 141/81–143/81. sz., Holdijk és társai ügyben 1982. április 1-jén hozott ítélet (EBHT 1982., 1299. o.) 6. pontja.

21 – A C-320/90–C-322/90. sz., Telemarsicabruzzo és társai ügyben 1993. január 26-án hozott ítélet (EBHT 1993., I-393. o.) 6. pontja; a C-157/92. sz. Banchero-ügyben 1993. március 19-én hozott végzés (EBHT 1993., I-1085. o.) 4. pontja; a C-167/94. sz., Grau Gomis és társai ügyben 1995. április 7-én hozott ítélet (EBHT 1995., I-1023. o.) 8. pontja és a C-2/96. sz. Sunino és Data ügyben 1996. március 20-án hozott ítélet (EBHT 1996., I-1543. o.) 4. pontja.

22 – A C-390/99. sz. Canal Satélite Digital ügyben 2002. január 22-én hozott ítélet (EBHT 2002., I-607. o.) 19. pontja.

23 – A C-379/98. sz. PreussenElektra-ügyben 2001. március 13-án hozott ítélet (EBHT 2001., I-2099. o.) 38. pontja.

C – Az Acoset SpA kereshetőségi joga

39. A közgyűlés, valamint Comiso és Modica önkormányzata azzal érvel, hogy az Acoset SpAnak nem áll fenn a jelen előzetes döntéshozatali eljáráshoz fűződő érdeke, mivel az egyetlen célja a magántag kiválasztására irányuló eljárás megsemmisítésének megtámadása.

40. Ez az állítás megalapozatlan, ezért minden további nélkül el kell utasítani.

41. Az EK 234. cikkből következik, hogy egy előzetes döntéshozatali kérdés előterjesztésére irányuló határozat meghozatala[24] kizárólag a nemzeti bíróság, és nem pedig az eljárásban részt vevő felek feladata, akik azonban ezzel kapcsolatban meghallgathatók.[25] Ahhoz, hogy a Bíróság valamely fél beavatkozását egy előzetes döntéshozatal iránti eljárásban elfogadja, elegendő, hogy az e személy az alapeljárásban részt vevő fél legyen, ami feltétlenül igaz az Acoset SpA esetében.[26]

24 – Ennek az intézménynek lényegében a közösségi együttműködési eszköz jellegének megvalósítását illetően lásd a 16/65. sz. Schwarze-ügyben 1965. december 1-jén hozott ítéletet (EBHT 1965., 1081. o.) és a 166/73. sz. Rheinmühlen-ügyben 1974. január 16-án hozott ítéletet (EBHT 1974., 33. o.).

25 – A Bíróság alapokmányának 23. cikke.

26 – Mindenesetre a beavatkozók azon állítása, hogy az Acoset SpA nem rendelkezik kereshetőségi joggal, felhívja a figyelmet a közbeszerzési eljárás megsemmisítésére alapított érvükre, ugyanis pontosan ezen megsemmisítés indokolta az eljárás megindítását.

VI – Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés érdemi vizsgálata

A – *A „köz- és a magánszféra közötti partnerség” önálló fogalma felé*

1. A nemzeti távlatok

42. A hatóságok gazdasági tevékenysége és irányítása alapvető változáson ment keresztül az elmúlt évszázadban. A távolságtartó liberalizmusból kiindulva, amelynek egyetlen célja a közrend hagyományos rendőri intézkedések – mint a parancsok és tilalmak – útján való fenntartására irányult, a hatóságok az állampolgárokat kiszolgáló szolgáltatókká váltak, [27] megteremtve végül a szolidaritás gondolatán nyugvó, gondoskodó állam koncepcióját. [28]

43. Ezen fejlődés eredményeképpen a közszolgáltatás klasszikus modellje elveszítette hagyományos értelmét, mivel a közigazgatás és az állampolgárok közötti átjárhatóság foka már nem teszi lehetővé kölcsönös feladataik egymással szembeni elszigetelését.

44. Még ha a közigazgatás tevékenysége a közérdeket szolgálja is, a közérdeknek való megfelelés módjai sokfélék lehetnek, és ezek közül kiemelendők azok, amelyek a magánszemélyek számára közjogi jellegű tevékenységek gyakorlását lehetővé téve nyilvánvaló együttműködési elemeket tartalmaznak. [29]

45. E konvergencia megnyilvánulásai között a közszolgáltatások vagy közbeszerzések úgynevezett közvetlen irányítása sajátos helyet foglal el; mindkét forma gyökerei a jogtörténetre nyúlnak vissza.

46. Ily módon, amikor egy magánvállalkozás felelősséget vállal egy szolgáltatásért, és a nyereség által vezérelve a vagyonát kockáztatja e szolgáltatás rendszerességének és hatékony működésének biztosítása érdekében, szoros kapcsolat alakul ki a közpénzekkel. Ugyanez igaz akkor, ha a közigazgatás, tekintettel a technikai és gazdasági korlátaira, az ajánlattevőt bízza meg valamely munkálatok kivitelezésével, illetve valamely szolgáltatás nyújtásával.

27 – Forsthoff, E.: *Die verwaltung als Leistungsträger,* Kohlhammer, Stuttgart, 1938., ezeket a szolgáltatásokat a *Daseinsvorsorge* fogalmába, azaz a társadalom létszükségleteit fedező „alapgondoskodás” körébe sorolta, és egy ezen követelményeknek megfelelni képes erős és dinamikus végrehajtó hatalom megteremtését ajánlotta; ezen gondolat találó összefoglalását illetően lásd Martín Retortillo, L., „La configuración jurídica de la Administración pública y el concepto de Daseinsvorsorge”, *Revista de Administración Pública*, 38. szám, 1962. május–augusztus, 35–65. o.

28 – Ezek legjelentősebb előfutára, Duguit, L.: *Leçons de Droit public général*, Ed. Boccard, Párizs, 1926, 36. o., elutasítja az erőszakot, mint az állam velejáróját, és az állam feladatát a társadalmi szolidaritás helyes mederbe terelésében látja.

29 – Másrészről az állam a magánjogi jogszabályok hatálya alá tartozik, amikor az ipar területén a többi gazdasági szereplővel egyenrangú félként lép versenyre.

47. A magántőke a tevékenységért vagy a szolgáltatásért felelős szerv és a jogosultak között közvetítő szerepet kap oly módon, hogy – az egyes esetek sajátos árnyalati eltéréseit nem érintve – ezeket a tevékenységeket vagy szolgáltatásokat a munkamegosztás archetípusa jellemzi, amely azok valamennyi aspektusát megszabja.

48. Ugyanakkor a közbeszerzésektől és a koncesszióktól függetlenül a közigazgatás számára nem idegen, és nem is újszerű, a közfeladatok ellátása érdekében az olyan magánjogi jogalanyokkal való összefogás, akik nem tartoznak a szóban forgó közigazgatási szerv szerkezeti felépítésébe. [30]

49. Következésképpen a „köz- és a magánszféra közötti partnerség" önálló kategóriává történő alakítása érdekében az egyes jogintézményeket átjáró kölcsönhatások összességéből kell kiindulni.

50. Az angolszász eredete tükröződik a „New Public Management", a PPP-kultúra valóságos táptalaja körüli vitában, amely megnyitotta a kapukat a közigazgatás előtt a vállalatvezetési feltételek bevezetése felé, amely szükségessé teszi a magánjogi pénzügyi hozzájárulást („Private Finance Initiative").

30 – Santamaría Pastor, J.A., *Principios de derecho administrativo,* I. kötet, 3. kiadás, Colección Ceura, Centro de Estudios Ramón Areces, 460. o., ezt az együttműködést írja le, és hozzáfűzi, hogy a szigorú értelemben vett közigazgatás mellett mindig is létezett egy párhuzamos, általa „nem jellemzőnek" minősített közigazgatás.

51. A módszerek azonban eltérőek, ugyanis amíg egyes nemzeti jogok elfogadták a „partnerségi szerződés" [31] bizonyos modelljeit, addig mások ezeket az eszközöket teljes atipikusságban hagyták. [32]

2. Töredezett közösségi kép

52. Jóllehet a közösségi jog a nemzeti jogrendek közbeszerzési téren való harmonizációjára törekszik, a lendülete megtörik a PPP „jelenség" előtt. [33]

53. A PPP-nek a közszférában való növekvő jelenléte mindazonáltal a tagállamokat közös-

31 – Franciaországban ezt az utat a partnerségi szerződésekről szóló, 2004. június 17-i 2004/559. sz. rendelet, illetve a 2008. július 28-i 2008-735. sz. törvény követi. Spanyolországban a közszektorban kötendő szerződésekről szóló, 2007. október 30-i 30/2007. sz. törvény (a BOE 2007. október 31-i 261. száma, 44336. o.) a „köz- és magánszféra közötti partnerséget" a szerződések szintjére emelte.

32 – A minősítésük kapcsán felmerült probléma bemutatásaképpen lásd González García, J., *Colaboración público-privada. Entre la atipicidad contractual y el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado;* ebben a hamarosan kiadásra kerülő műben a szerző előrevetíti egy új szerződési forma kialakulását, és az atipikusság magasztalását követően – amely nagyobb összhangban áll a rugalmassággal és a szolgáltatások esetén a PPP-k innovatív alkalmazásával – arra a következtetésre jut, hogy olyan eszközről van szó, amely „a közigazgatási gyakorlatba beépíti a magánjogi szereplők között a gazdasági kapcsolatokban megjelenő atipikus viszonyok valamennyi mechanizmusát".

33 – A 2004. április 30-i „Zöld könyv a köz- és magánszféra közötti partnerségekről és a közbeszerzések, illetve koncessziók közösségi jogáról" (COM (2004) 327 végleges; a továbbiakban: zöld könyv) kimondja, hogy a Bizottság a PPP-ket, legalábbis abban az időszakban, így jellemezte.

ségi szabályozás elfogadására készteti, mivel e partnerségek előnyei nem maradnak észrevétlenül.

54. Azon túl, hogy ezek az eszközök enyhíthetik a költségvetési megszorítások hatásait, elősegítik a magánfinanszírozást és a közszférától idegen vállalkozások ismereteinek kiaknázását, válaszképpen az irányváltoztatásokra, amelyekre a liberalizáció szele készteti az államot, amelynek szerepe közvetlen gazdasági szereplőből magatartásszabályozóvá változott, oly módon, hogy az állam biztosítja azok jogszerűségét, amennyiben e magatartások a közérdeket érintik.

55. Egy olyan környezetben, amelyben e magatartásokra semmiféle kötelező erejű szabályozás nem vonatkozik, a jogbizonytalanság mindenekelőtt a magánjogi partnereknek a gazdasági ellensúlyban való részvételét és az abba való bevonásuk módszereit érinti.

56. Így vált szükségessé az értelmezési iránymutatások kidolgozása ezen gyakorlatoknak az EK-Szerződés alapelveivel való összhangba hozása érdekében, amit a közbeszerzésekre és koncessziókra vonatkozó közösségi jognak [34] az Intézményesített PPP-kre (IPPP) való alkalmazásáról szóló, 2008. február 5-i bizottsági értelmező közlemény [35] valósított meg.

57. Véleményem szerint a közösségi harmonizáció hiánya [36] kizárja a PPP-k valódi szerződések rangjára emelésének lehetőségét, ami azonban nem akadályozza meg annak elismerését, hogy ezen új együttműködési formák a szerződésértékű, egy koncesszió jellemzőit megközelítő megállapodások folyományaihoz tartoznak.

58. Egy átfogó szabályozás elkerülne bizonyos nehézségeket, és eligazítaná a hatóságokat, illetve a magánjogi szereplőket, akik a jelenlegi bizonytalanságban – az infrastruktúra és a közszolgáltatások hátrányára – gyakran elriadnak a PPP létrehozásától, attól való félelmükben, hogy az az Európai Unió által kívánt rendszert sérti (amit egyébként a közlemény is elismer). [37]

34 – Alonso, García, R., „El soft lawcomunitario", *Revista de Administración Pública,* 154. szám, 2001. január–április, 79. o., az EK 249. cikk ezen eszközeinek előnyei közé sorolja azt a lehetőséget, hogy a közigazgatás és a magánjogi gazdasági szereplők számára világos és koherens keretet biztosítanak annak érdekében, hogy a magatartásukat a közösségi joggal összeegyeztethető irányba tereljék.

35 – C(2007)6661 (a továbbiakban: közlemény).

36 – Ugyanakkor az Európai Parlament az első olvasatot követő 2002. május 10-i véleményében arra kérte fel a Bizottságot, hogy vizsgálja meg egy irányelvjavaslat elfogadásának lehetőségét (COM (2000) 275). Az Európai gazdasági és szociális bizottság pedig jogalkotási kezdeményezést talált szükségesnek (az EGSZB véleménye (HL 2001. C 14.), előadó: Levaux, 4.1.3. pont, és az EGSZB véleménye (HL 2001. C 193.), előadó: Bo Green, 3.5. pont).

37 – Ezt a jogászok számára természetes reakciót megerősíti Carbonnier, J., *Sociologie juridique,* Quadrige, PUF, Párizs, 1994, 331. o.; amikor a jog összetettségével kapcsolatban a jogászok és a szociológusok közötti véleménykülönbségre utal: a jogászok számára ezen összetettség balszerencse, vagy akár tehetetlenség, amely felkelti az egyszerűhöz való visszatérés vágyát; a szociológusok viszont tartózkodnak minden értékítélettől, és megelégszenek azzal, hogy ezen összetettségben egyszerű eltérést lássanak, amelyet elemezni kell.

59. Ez a joghézag viszonylagossá teszi az arra való kísérletet, hogy a közigazgatási tevékenységet ellenőrzési, fejlesztési és közszolgáltatási intézkedésekként határozzuk meg, [38] amihez hozzá kell tenni, hogy egy átfogó jogi Közösségben ezen tényezők mindegyike országok szerint eltérő értelmet tükröz.

60. A különbözőség különösen a közszolgáltatásokban nyilvánul meg erőteljesen, [39] mivel még ha igaz is az, hogy egyes rendszerekben ez a fogalom képezi a közigazgatási rendszer sarokkövét, [40] másokban azonban nem ez alkotja a rendszer felépítményét, és még bizonyos tevékenységeknek a közjogi szervek („publicatio") számára való fenntartása sem élvez elsődleges jelentőséget. [41]

61. Véleményem szerint ebben áll a PPP-k szórványosságának egyik oka, amelyek egy még mélyrehatóbb problémával állnak szemben: bár a közösségi jogalkotó harmonizálta a közbeszerzéseket, a koncessziók összefonódását, [42] illetve a közszolgáltatások összefonódását azonban nem, úgy hogy – mivel ezek a kategóriák a PPP-k nagy számában rejtett módon vannak jelen – az e téren való szabályozás hiánya nem véletlen.

38 – Lásd Presutti, E., *Principi fondamentali di scienza dell'amministrazione,* Società Editrice, Libraria, Milánó, 1903.

39 – Ezt mondja ki a Gazdasági és szociális bizottság a közérdekű szolgáltatásokról szóló zöld könyvvel kapcsolatos, 2003. május 22-i véleményében (COM (2003) 270 végleges [HL C 76.]).

40 – Egyértelműen Franciaországban, Olaszországban és Spanyolországban, ellentétben például a Nagy-Britanniában, Németországban vagy Dániában elfogadott fogalmakkal.

41 – A nyelvezet változhat, a közszolgáltatások alapja és lényege azonban nem: González-Varas Ibáñez, S., *El derecho administrativo privado,* Ed. Montecorvo, Madrid, 1996., 398. o.

42 – Bár igaz, hogy a közösségi jog terén való koncessziókról szóló bizottsági közlemény (HL 2000. C 121., 6. o.) a nemzeti fogalmaktól független fogalommeghatározást tartalmaz.

B – *A PPP-k osztályozása*

62. A fogalommeghatározás hiánya ellenére a zöld könyv azon empírikus megfigyelésre alapító osztályozást ajánl, amelyben két nagy modell tükrözi a tagállamokon belüli PPP-k sokféleségét, aszerint, hogy a partnerség kizárólag szerződéses kapcsolatokon alapul (szerződéses PPP-k) vagy egy intézményen belül valósul meg (intézményesített PPP vagy IPPP).

63. Ez a kettősség megnyilvánul a Bizottság közleményében, amelynek tárgya a második csoportra korlátozódik, talán mivel a szerződéses PPP-k megjelenési formájának sokfélesége a kétségtelenül felerősödött önálló akaratnyilvánítás következményeképpen kevésbé alkalmas a rendszerbe foglalásra. [43]

64. Az IPPP-kben a közjogi és a magánjogi partner feladatait egy önálló jogi személyiséggel rendelkező vállalkozás keretén belül szervezik meg, amelynek feladata, hogy gondoskodjon az építési munkák kivitelezéséről vagy a szolgáltatás közösség javára történő nyújtásáról.

43 – A zöld könyv szerint ugyanis a PPP kifejezés „különböző konstrukciókat ölel fel, amelyekben egy vagy több, többékevésbé terjedelmes feladatot a magánjogi partner kap meg, és amely magába foglalja egy munka vagy szolgáltatás megtervezését, finanszírozását, kivitelezését, felújítását vagy kiaknázását".

65. Bizonyos megállapodásfajtákkal ellentétben, amelyekben közvetlen kapcsolat alakul ki a végfelhasználó és a szolgáltatást a közigazgatás helyett nyújtó magánjogi partner között, az IPPP keretében a gazdasági társaság alakítja ki ajánlattevőként vagy a koncesszió jogosultjaként a „hivatalos" kapcsolatot a felhasználóval, jóllehet a tevékenységet „ténylegesen" a magánjogi partner fejti ki. Így érthetővé válik az, amit az Acoset SpA képviselője a tárgyaláson kifejtett, mégpedig hogy valójában a magántag nyújtja a szolgáltatásait a vegyes tőkéjű társaság nevében.

66. A fenti előnyökön túl az IPPP a részvényesek közötti és a döntéshozó szervekben való jelenlétének köszönhetően előmozdítja a tevékenységek folytatása feletti viszonylag erős ellenőrzésnek a közjogi partner kezében történő összpontosítását.

67. Az egyes esetek összessége az IPPP létrehozásának lényegében kettős útját mutatja: egy gazdasági egység létrehozása vagy egy már létező egység tőkeösszetételének módosítása úgy, hogy – amennyiben teljes egészében közjogi összetételű – részben magánjogi kézbe kerül. Nyilvánvalóan ezen második út helyes megértése megköveteli, hogy a magánszféra jelenléte az odaítélés előtt vagy azzal egyidejűleg megnyilvánuljon, utána azonban nem. [44]

68. A 267/2000. sz. törvényerejű rendelet 113. cikke (5) bekezdésének b) pontja azt mutatja, hogy az első modellként említett IPPP-ről van szó, mivel olyan vegyes tőkéjű társaság létrehozásáról van szó, amelyben a nyilvános pályázaton kiválasztott magánjogi partner végzi a városi vízszolgáltatás teljes üzemeltetését. [45]

69. Végül az IPPP-k, mivel választhatnak a közbeszerzés vagy a koncesszió formája között, a tárgyuk alapján is megkülönböztethetők, amely így meghatározza, hogy az adott IPPP közösségi szinten mely szabályozás hatálya alá tartozik.

C – *A közbeszerzési szerződés és a koncesszió elhatárolása*

70. Az előző pontban kifejtett osztályozást követően a ragusai IPPP jogi szabályozásának ismertetése előtt el kell határolni a közbeszerzési szerződést a koncessziótól.

44 – Ez következik a fent hivatkozott Bizottság kontra Ausztria ügyben hozott ítélet 42. pontjából: a közösségi jog megkerülésének elkerülése érdekében tilos az ajánlatkérő szervek számára, hogy „a szolgáltatások nyújtására irányuló közbeszerzési szerződés vegyes tulajdonban álló vállalkozás részére történő odaítélését manipulációkkal [leplezze]".

45 – Említésre méltó, hogy a zöld könyv elismeri, hogy a tagállamok „a helyi szintű közszolgáltatások üzemeltetésére (például a vízellátás vagy a hulladékelszállítás terén)" ilyen struktúrákat alkalmaznak.

71. Egyetértek a Bizottság azzal kapcsolatos értékelésével, hogy egy olyan helyi közszolgáltatás odaítélése, mint az integrált vízszolgáltatás, közbeszerzés vagy koncesszió formájában is történhet, és hogy az előzetes döntéshozatalra utaló határozatban szolgáltatott kevés információ nem teszi lehetővé annak megállapítását, hogy mely utat választották.

72. Ugyanakkor figyelembe kell venni a következő tényeket: először is a kérdést előterjesztő bíróság a kérdésében csakis a Szerződés rendelkezéseire és alapelveire hivatkozik, a közbeszerzési irányelvekre azonban nem; [46] másodszor „koncessziós" vegyes tőkéjű társaságról beszél; harmadszor a harminc évben meghatározott időtartam inkább koncessziónak felel meg. [47]

73. A különbség nem elhanyagolható, mivel ha a vegyes tőkéjű jogi személy egy közbeszerzés megvalósításának jogát kapja meg, akkor a 2004/17 irányelv és a 2004/18 irányelv szolgáltatja a nyilvános kiírás és a közbeszerzés tárgyát képező munkálatokkal megbízott magánjogi partner kiválasztása formáinak szabályozását, feltéve, hogy a közbeszerzési szerződés értéke meghaladja a fenti jogszabályok által meghatározott legalsó értékhatárt. Ezzel szemben, amennyiben szolgáltatási koncesszióról vagy a fenti irányelvek hatálya alá nem tartozó közbeszerzési szerződésről van szó (például mert az értékhatárt nem éri el), akkor egyedül a Szerződés alapelvei és alapvető szabadságai jelentenek támpontot.

74. Így nyilvánvalóvá válik, hogy milyen jelentőséggel bír a közbeszerzési szerződés és a koncesszió közötti elmosódott határvonal meghúzása feltételeinek meghatározása, [48] ami a szükséges információ hiányában végső fokon a nemzeti bíróság feladata a „működtetési kockázat" és a „szolgáltatás ellenértéke" fogalmának a Bíróság által meghatározott értelmében.

75. Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem tartalmának kiterjedtségéből következnek az első nehézségek a „szolgáltatásra irányuló közbeszerzési szerződés" és a „szolgáltatási koncesszió" elhatárolását illetően.

76. A szolgáltatásra irányuló közbeszerzési szerződések esetében az ellenszolgáltatást közvetlenül az ajánlatkérő szervnek kell a szerződő fél számára megfizetni; amennyiben azonban a díjazás nem a hatóságtól,

46 – A szicíliai bíróság óvatossága dícséretreméltó, mivel az IPPP jogi létrehozására alkalmas jogszabályok és rendszerek tömegével szemben megelégszik a Szerződés szabadságaira és alapelveire való hivatkozással, amely a közbeszerzési szerződések és a koncessziók legkisebb közös nevezője; ezáltal követi Francis Bacon tanácsát, *Essays,* Ed. Cosimo, 2007, LVI. fejezet, of Judicatory, 137. o.): „Judges must beware of hard constructions, and strained inferences; for there is no worse torture, than the torture of laws".

47 – Ezen adatra támaszkodva az Olasz Köztársaság és az Acoset SpA nem vonakodott a jelenséget koncesszióként minősíteni. Ugyanakkor, amint a tárgyaláson egyértelműen kiderült, az időtartam a beruházás költségétől függ, mivel a kiadásokat le kell írni.

48 – Passerieux, R. és Thouvenin, J. M., „Le partenariat public/privé à la croisée des chemins, entre marché et concession", in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne,* 487. szám, 2005. április, 237. o., az e kategóriák közötti átfedésben látja a jogbizonytalanság elsődleges forrását, tekintettel annak veszélyére, hogy az eredetileg a koncesszió rugalmas szabályozása értelmében kötött szerződések (PPP koncessziók) PPP közbeszerzési szerződés alakjában másként minősülnek.

hanem a kedvezményezettől származik, akkor közszolgáltatási koncesszióról van szó. [49]

77. Továbbá a „működtetési kockázat" áthárítása [50] ezen megkülönböztetés egyik legegyértelműbb jele, mivel ez a koncesszió lényeges eleme, [51] míg a közbeszerzési szerződésekben nem fordul elő. [52]

78. A kérdést előterjesztő bíróságnak azonban óvatosnak kell maradnia, mivel a jelen ügyben elvégzendő elhatárolás során akadhatnak egyéb akadályok is; a szolgáltatás üzemeltetése mellett ugyanis léteznek az üzemeltetést lehetővé tevő építési munkálatok, amely alapján a nemzeti bíróság arra kényszerülhet, hogy a „szolgáltatásra irányuló közbeszerzési szerződés", az „építési koncesszió" és a „szolgáltatási koncesszió" közötti különbségeket is megvizsgálja. [53]

79. A 2004/17 irányelv 18. cikke kizárja e jogszabály hatálya alól az „építési és szolgáltatási koncessziók[at], amelyeket a 3–7. cikkben említett egy vagy több tevékenységet folytató ajánlatkérők ítélnek oda, amennyiben az ilyen koncesszió megadása e tevékenységek végzésére irányul". Megjegyzendő, hogy a 2004/18 irányelvvel ellentétben – amely egyedül a szolgáltatási koncessziókat zárja ki a 17. cikkében – a 2004/17 irányelv az építési koncessziókat ugyancsak kizárja, ami a 2004/18 irányelv 12. cikkének rendszertani értelmezése alapján azt jelenti, hogy az építési koncessziók, még ha egy sajátos ágazatra (mint a vízipar) vonatkoznak is, csakis a hagyományos ágazati szabályozások hatálya alá tartozhatnak. [54]

80. A több tevékenységre (mint például olyan vízszolgáltatásra, amely építési munkálatok elvégzését teszi szükségessé) irányuló közbeszerzési szerződésekből eredő fogalomzavar leküzdése érdekében a 2004/17 irányelv azt az objektív szabályt állítja fel, hogy a főtevékenységre alkalmazandó szabályokat kell követni (a 9. cikk (1) bekezdése) azon ítélkezési gyakorlatnak megfelelően, amely elutasítja az „építési beruházásra" irányuló közbeszerzési szerződésként való minősítést, amennyiben ezen építési munkák a szolgáltatáshoz vagy árubeszerzéshez képest járulékos jellegűek. [55]

81. Mindezek után nyilvánvaló, hogy a szolgáltatási koncesszió a Szerződés rendelkezéseinek és alapelveinek hatálya alá tartozik, míg az építési koncesszió ezen felül a 2004/18

49 – A C-360/96. sz. BFI Holding ügyben 1998. november 10-én hozott ítélet (EBHT 1998., I-6821. o.) és a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet.

50 – Kiemelendő, hogy az Acoset SpA képviselője a tárgyalás alkalmával kitartóan hangsúlyozta, hogy ezen kockázat a magánjogi partnert terheli.

51 – A C-382/05. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2007. július 18-án hozott ítélet (EBHT 2007., I-6657. o.) 34. pontja és a C-437/07. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet 29. pontja.

52 – A C-234/03. sz., Contse és társai ügyben 2005. október 27-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-9315. o.) 22. pontja.

53 – Ennek tisztázásához járulnak hozzá Gimeno Feliú, J. M. megfontolásai, *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva Ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, 151–175. o., amelyek az egyes tipológiák fogalmi elemzésére támaszkodnak.

54 – A koncessziónak a közbeszerzési szerződésekről szóló irányelvek hatálya alól történő kizárása megnyilvánul a C-358/00. sz. Buchhändler-Vereinigung-ügyben 2002. május 30-án hozott végzésben (EBHT 2002., I-4685. o.), ám a C-324/98. sz., Telaustria és Telefonadress ügyben 2000. december 7-én hozott ítélet (EBHT 2000., I-10745. o.) az építési koncessziókat a hagyományos ágazatokat szabályozó jogszabályok hatálya alá sorolta.

55 – A Bíróság C-331/92. sz. Gestión Hotelera Internacional ügyben 2004. április 9-én hozott ítélete (EBHT 2004., I-1329. o.).

irányelv hatálya alá, amennyiben eléri az ezen irányelv alkalmazhatóságához szükséges szerződési értéket.

D – *Az IPPP-k ellenőrzésének feltételei*

82. A 267/2000. számú törvényerejű rendelet 113. cikke (5) bekezdésének b) pontjából eredő kétségek egyszerűen annak meghatározását teszik szükségessé, hogy a magánjogi partner kiválasztására irányuló pályázati felhíváson kívül a szolgáltatás odaítélésére irányuló pályázatra is szükség van-e.[56] Amennyiben csak egyetlen pályázatra van szükség, akkor e pályázat érvényességének jogi alapját a letelepedés szabadsága (EK 43. cikk), a szolgáltatásnyújtás szabadsága (EK 49. cikk) és a versenyre vonatkozó szabályok (EK 86. cikk) tükrében kell mélyrehatóan megvizsgálni.

1. Egyetlen pályázat kettős célzattal

83. A Bizottság a közleményében azt az álláspontot képviseli, hogy „egy kettős eljárás (az első az IPPP magánjogi partnerének kiválasztására, a második pedig a közbeszerzési szerződésnek vagy a koncessziónak a vegyes tőkéjű jogi személy számára történő odaítélése érdekében) nehezen kivitelezhető".

56 – Ezt az álláspontot képviseli a megyei polgármesteri és elnöki közgyűlés, valamint Vittoria önkormányzata.

84. A pragmatizmus – amelyet minden jogrend logikus módon igyekszik elérni – nem emelhető valamely jogi érvelés kizárólagos alapjává. Ettől eltekintve egyetértek a Bizottság álláspontjával, kiegészítve a Közösség által a közbeszerzési szerződésekkel és a koncessziókkal szemben támasztott követelmények vizsgálatával, amelyek átszivárgás útján meghatározzák azt a környezetet, amelyben az IPPP-ket alkalmazzák.

85. A kettős pályázati eljárás kevéssé felel meg az IPPP-ket ösztönző eljárásgazdaságosságnak, amelyek létrehozása egyetlen eljárásban egyesíti a magánjogi gazdasági szereplő kiválasztását és a vegyestőkével rendelkező jogi személy számára a közbeszerzési szerződés vagy a koncesszió odaítélését.

86. Szigorú értelemben véve a hatékonyság nem helyezkedhet szembe a jogszerűség elvével, mivel a hatékonyságot ezen elv tiszteletben tartása mellett kell elérni oly módon, hogy mivel csak az a kifogás hozható fel, hogy a valamely IPPP működtetése nem hatékony, és ezért jogellenes.

87. Amennyiben az IPPP-k határait tiszteletben tartják,[57] azok az ésszerűség, az indokolás, az összehangoltság és a gazdaságosság

57 – Köztük az Európai Unió alapjogi chartája V. fejezetének 41. cikkében meghatározott gondos ügyintézés elvéből következő elvet, amelyre a jogalanyoknak a védelemhez való joguktól való megfosztásának tilalmát alapítom a C-147/06. és C-148/06. sz. SECAP egyesített ügyekben 2007. november 27-én benyújtott főtanácsnoki indítványomban, amelyet a Bíróság a 2008. május 15-i ítéletében (EBHT 2008., I-3565. o.) részben követett.

követelményeire alapított mérlegelés megbízható jelzőivé válnak, amelyek előmozdítják a közjólétet elősegítő felelős közigazgatást, míg ezzel egyidejűleg eltávolodnak a törvény egyszerű „hajtószíj” [58] szerepétől.

88. A megoldások egyike abban áll, hogy az új gazdasági egységbe belépő vállalkozás valójában mint közbeszerzési szerződő fél vagy mint koncesszió jogosultja lép fel, amikor a szolgáltatás nyújtását átveszi; ez egyébiránt nyilvánvaló, hiszen a gazdasági társaság üzemeltetésével kapcsolatos változókon kívül a vállalkozás kiválasztásának egyik feltétele éppen a szolgáltatás nyújtására való alkalmasság. [59]

89. Következésképpen az ajánlattevő vagy a koncesszió jogosultjának kiválasztása közvetetten az ipari tagtól függ, akinek a tevékenysége tehát nagy jelentőséget nyer. Az IPPP-k körvonalainak pontos meghatározása elkerülhetővé tenné, hogy azokat újabb nyilvános pályázat kijátszása érdekében manipulálják.

90. Ez a helyzet az IPPP-k létjogosultságával áll összefüggésben, amely a jelen ügyben az integrált vízszolgáltatás, amint azt az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésben a „kizárólagos tevékenységre” való hivatkozás mutatja.

91. Ugyanakkor az egyes IPPP-k fő tevékenysége az IPPP végrehajtása során változatlan kell, hogy maradjon, [60] jóllehet semmi nem szól az ellen, hogy azt hozzáigazítsák az újításokhoz vagy a magántag eszességéhez, feltéve hogy ezáltal a lényeges feltételek, [61] amelyeket a pályázat [62] határoz meg, nem módosulnak.

92. A kérdést előterjesztő bíróság által szolgáltatott információ alapján úgy tűnik, hogy ezt a feltételt teljesítették, mivel a pályázati leírás kimondja, hogy azon munkák odaítélésére, [63] amelyeket nem a magántag hajt végre közvetlenül, „a törvény által meghatározott nyilvános versenyeljárás” alkalmazandó.

93. Az Olasz Köztársaság azonban az észrevételeinek 8. pontjában arra hivatkozik, hogy a *ius variandi* alapján ezen pályázati leírásba illesztett záradék sejtetni engedi a közjogi

58 – „Transmission belt”: a kifejezés Stewart, R. B. azóta klasszikussá vált cikkéből ered, *The reformation of American Administrative Law,* Harvard Law Review, 88. kötet, 8. szám, 1975, 1675. o.

59 – Az, hogy egyetlen eljárás elegendő lehet a szóban forgó valamennyi kritérium kielégítésére, gyengíti Vittoria önkormányzatának azon állítását, miszerint a tartalom és a célzat különbözősége miatt a magánjogi partner kiválasztására irányuló pályázat nem helyezhető a szolgáltatás odaítélésére irányuló pályázat elé.

60 – A jelen ügyben ez döntő jelentőségű kérdés, tekintettel a 30 évben meghatározott időtartamra.

61 – A C-496/99. P. sz., Bizottság kontra CAS Succhi di Frutta ügyben 2004. április 29-én hozott ítélet (EBHT 2004., I-3801. o.) 116. pontja értelmében egy feltétel akkor lényeges, ha a versenyfelhívásban vagy a pályázati leírásban való megjelenése a pályázó részéről egy lényegesen eltérő ajánlat tételét tette volna lehetővé.

62 – A 2004/18 irányelv 31. és 61. cikkében, illetve a 2004/17 irányelv 40. cikk (3) bekezdése f) és g) pontjában meghatározott kivételeket nem érintve, a közbeszerzési szerződés lényeges feltételeinek mindenfajta, a pályázati leírásban meg nem határozott módosítása új ajánlattételi felhívás közzétételét teszi szükségessé (a C-337/98. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2000. október 5-én hozott ítélet [EBHT 2000., I-8377. o.] 50. pontja).

63 – Eredetileg a 2003. december 15-i polgármesteri közgyűlés által elfogadott hároméves működési tervben meghatározott munkálatok.

részvényesek tőkéje egy részének tőzsdén történő jegyzésének lehetőségét.

94. Szerződési szempontból bizonyos kevésbé alapvető módosítások megengedhetők a végrehajtás szakaszában, még ha ehhez kifejezett engedély szükséges is az átláthatóság és a szóban forgó közbeszerzési szerződés természetének megtartása érdekében. [64]

95. Függetlenül attól, hogy a tőzsdei értékesítés megváltoztathatja a feltételek egységességét, az olasz kormány írásbeli észrevételeiben arra hivatkozott, hogy e tőkeátruházás az egység megszűnéséhez vezetne, mivel az alapszabályzata „többségi közjogi részesedést" ír elő, amelynek megszűnése inkább a szóban forgó jogi személy megszűnéséhez, mintsem jogsértő helyzethez vezetne. Az olasz kormány képviselője azonban ezt az álláspontot a tárgyaláson finomította, a nem a tőketulajdonláson alapuló „ellenőrzés alternatív formáira" hivatkozva; ezzel az állítással egyetértek, azzal a kitétellel, hogy a megnövekedett magánjogi részesedés a közjogi elemnek a társaságon belüli, a többségi tőketulajdonlásból eredő, vagy legalábbis a vízellátással kapcsolatos stratégiai döntéshozatalban gyakorolt vitathatatlan befolyásának köszönhető túlsúlyát nem ingatja meg. [65]

64 – A fent hivatkozott Bizottság kontra CAS Succhi di Frutta ügyben hozott ítélet.

65 – Mindenesetre bizonyos, hogy a vegyes tőkéjű társaság alapító okirata „többségi közjogi részesedésre" hivatkozik, ily módon hiába is akarnák biztosítani a társaság fennmaradását, ha a tőke közjogi része 50% alá csökkenne, mivel a társaság létrehozásának egyik lényeges feltétele szűnne meg.

2. Vegyes tőkéjű társaságok és „in house" szolgáltatások: két ellentétes valóság

96. A jelen ügyben benyújtott észrevételek többsége a tevékenységek saját eszközökkel történő gyakorlására hivatkozik, még ha a következtetések el is térnek egymástól: míg egyes beavatkozók ezekre a példákra annak indokolása érdekében hivatkoznak, hogy azok miért nem képezhetik az „integrált vízszolgáltatás" jogalapját, addig mások az IPPP-hez viszonyított különbségek megjelölése érdekében említik azokat.

97. Véleményem szerint a nyilvános pályázati felhívás felesleges az „in house" szolgáltatások és egyes olyan IPPP-k esetében, amelyek egyaránt eleget tesznek az átláthatóságnak és az egyenlő bánásmód elvének, illetve a hátrányos megkülönböztetés tilalmának.

98. Az ítélkezési gyakorlat kizárta az EK 12. cikk, az EK 43. cikk és az EK 49. cikk, valamint azon általános jogelvek alkalmazhatóságát, amelyeknek ezek a különös kifejeződéseit jelentik, ha a koncesszió jogosultja felett a koncesszióba adó hatóság olyan ellenőrzést gyakorol, mint amilyet a saját irányítási egységei felett, és ha e jogosult a tevékenységét lényegében az őt fenntartó hatósággal vagy hatóságokkal együtt végzi. [66]

66 – A C-107/98. sz. Teckal-ügyben 1999. november 18-án hozott ítélet (EBHT 1999., I-8121. o.) 50. pontja, a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 62. pontja és a C-324/07. sz. Coditel Brabant SA ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet (EBHT 2008., I-8457. o.) 26. pontja.

99. Egy nem kizárólag közjogi tőkéjű társaság tevékenysége tehát fogalmilag az „in house” feltételek hatályán kívülre esik, mivel egy magánjogi vállalkozás részvétele megfosztja a hatóságot az előző pontban hivatkozott „hasonló ellenőrzés” lehetőségétől. [67]

100. Annak ellenére, hogy nem léteznek pontos szabályok arra nézve, hogy a köztőke hány százaléka biztosíthatja ezt az ellenőrzést, úgy vélem, hogy igen hasznos lenne, ha a Bíróság az ezzel kapcsolatos álláspontját kifejtené.

101. Egyrészről egyes ítéletek esetében az a körülmény, hogy az ajánlattevő társaság tőkéjének egésze egyedül a koncesszióba adó hatóság tulajdonát képezi, főszabály szerint arra utal, hogy ez a hatóság a saját irányítási egységei feletti ellenőrzéshez hasonló ellenőrzést gyakorol e társaság felett. [68]

102. Fordított értelemben a magánjogi részvétel kizárja az „in house” üzemeltetés lehetőségét, amint azt a Stadt Halle és RLP Lochau, illetve a Coname-ügyben hozott ítéletek mutatják, amely ítéletekben még a kisebbségi magánjogi együttműködés is kizárja az ilyen ellenőrzés lehetőségét.

103. Másrészről ez az ítélkezési gyakorlat veszít az egyértelműségéből, amikor az Asemfo-ügyben hozott ítéletre támaszkodva a Bíróság azzal érvel, hogy „bizonyos körülmények között a hatóság által gyakorolt ellenőrzésre vonatkozó feltétel teljesülhet akkor is, ha az ilyen hatóság a közvállalkozás tőkéjének csupán 0,25%-ával rendelkezik”. [69]

104. A megyei polgármesteri és elnöki közgyűlés, valamint Ragusa város önkormányzata által ajánlott partnerség arra kötelezte a magántagot, hogy az új társaság társasági tőkéjének 49%-át az utóbbi jegyezze, [70] márpedig ez a százalék túl magas ahhoz, hogy a tevékenységeket „in house” jellegűnek lehessen tekinteni, mivel a nemzeti bíróságot meg kellene győzni arról, hogy a közjogi részvényes kellő befolyással bír ahhoz, hogy a vállalkozás stratégiai célkitűzései terén a magántag szándékával szemben saját céljait érvényesíteni tudja. [71]

3. A jogi differenciálás gyakorlata

105. Mivel kizárt, hogy ezen vegyes tőkéjű társaság az „in house” üzemeltetés eszközeként működjön, azt kell megvizsgálni, hogy e vállalkozás létrejötte lehetővé teszi-e a vízszolgáltatás odaítélése érdekében történő nyilvános pályázati felhívás kiírásának mellőzését.

67 – Ez következik a C-26/03. sz., Stadt Halle és RPL Lochau ügyben 2005. január 11-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-1. o.) 49. pontjából és a C-231/03. sz. Coname-ügyben 2005. július 21-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-7287. o.) 26. pontjából.

68 – A C-340/04. sz. Carbotermo-ügyben 2006. május 11-én hozott ítélet (EBHT 2006., I-4137. o.) 37. pontja és a C-295/05.-sz. Asemfo-ügyben 2007. április 19-én hozott ítélet (EBHT 2007., I-2999. o.) 57. pontja.

69 – A fent hivatkozott Coditel-ügyben hozott ítélet 53. pontja, amely az Asemfo-ügyben hozott ítélet 56–61. pontjára utal, amely pontok azonban egyáltalán nem tesznek célzást a részesedés arányára.

70 – Az Acoset észrevételeinek II.7. pontja és az olasz kormány észrevételeinek 5. pontja.

71 – A fent hivatozott Parking Brixen ügyben és Carbotermo-ügyben hozott ítéletek.

106. A „köz- és magánszféra közötti intézményesített partnerség” jogi kategóriája ízekre szedésének szándéka nélkül úgy vélem, hogy az egyes tényezőket egyenként kell elbírálni.

107. Semmi nem szól az ellen, hogy a területi önkormányzatok jogi személyiségű társaságot hozzanak létre, és elvégezzék az ezzel összefüggő feladatokat, mint például az alapító okirat elfogadása és alaptőke rendelkezésre bocsátása, valamint hogy bármely általuk megfelelőnek tartott személlyel társuljanak.

108. Abban sincs semmi kivetnivaló, hogy pályázatot írjanak ki olyan magánszemélyek ezen társaságba történő felvétele érdekében, akik hajlandóak annak működése érdekében beruházni.

109. A szolgáltatások odaítélése keretében a pályázati eljárás teljes elmaradása nehezen egyeztethető össze az EK 43. cikkel és az EK 49. cikkel, illetve az egyenlő bánásmód elvével és a hátrányos megkülönböztetés tilalmával; ennek hiánya jogszerűtlenné teszi az „integrált vízszolgáltatás” odaítélését, e helyzet megoldása azonban a magántag kiválasztására vonatkozó feltételekben rejlik.

110. A pályázóknak bizonyítaniuk kell személyes alkalmasságukat és pénzügyi teljesítőképességüket annak érdekében, hogy a vegyes tőkéjű társaság tagjává válhassanak, a technikai felkészültségük és az ajánlatukkal járó gazdasági és egyéb előnyök azonban a figyelembe veendő tényezők között elsődleges szerepet kell, hogy kapjanak.

111. Az IPPP-kre vonatkozó közlemény ugyanis kifejti, hogy „az, hogy egy magánjogi fél és egy ajánlatkérő egy vegyes vállalat keretében együttműködik, nem igazolhatja a közbeszerzésre és a koncesszióra vonatkozó rendelkezéseknek a közbeszerzési szerződés vagy a koncesszió ezen magánjogi fél vagy a vegyes vállalat számára történő odaítélése során való figyelmen kívül hagyását”.

112. Következésképpen az IPPP anyagi jogi érvényessége a méltányosságon és a nyilvánosságon alapul oly módon, hogy valamennyi tényleges vagy potenciális pályázó elegendő információhoz kell, hogy juthasson az ajánlatkérő hatóság vegyes tőkéjű társaság létrehozására irányuló tervéről ahhoz, hogy a közbeszerzési szerződést vagy a koncessziót megnyerhesse.

113. A nyilvánosság követelménye a közbeszerzési szerződés esetében a 2004/17 irányelv 41. és azt követő cikkeiből, illetve a 2004/18 irányelv 35., 36. és 58. cikkéből következik; a közszolgáltatási koncessziók esetében ezt az ítélkezési gyakorlat [72] az átláthatóság és az

72 – A fent hivatkozott Telaustria és Telefonadress ügyben hozott ítélet 60–62. pontja és a fent hivatkozott Coname-ügyben hozott ítélet 16–19. pontja.

egyenlő bánásmód elvének, valamint az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalmának tiszteletben tartása érdekében követeli meg. [73]

114. A Bíróság úgy ítélte meg, hogy az EK 43. cikk és az EK 49. cikk az egyenlő bánásmód elvének [74] és az állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalmának [75] kifejeződése.

115. Ami a versenyt illeti, az Ing. Aigner ügyben benyújtott főtanácsnoki indítványomban azt javasoltam, hogy nem szabad engedni azok szűklátókörűségének, akik a közbeszerzésre vonatkozó közösségi jog szerepét pusztán a közbeszerzési eljárások összehangolására szeretnék korlátozni, mivel ennek célja sokkal nagyra törőbb, arra irányul, hogy az európai integrációhoz alapvető fontosságú szabadságok megvalósításával valódi verseny alakuljon ki ebben a szektorban. [76]

116. Ez az elmélet valóban a közbeszerzési szerződésekre vonatkozik, azonban a közszolgáltatási koncessziók terén meg kell fékezni a verseny torzítását, [77] mivel azok a Szerződés ugyanazon alapelveiből merítenek, még ha a „koncesszió", a „közérdekű közszolgáltatások", a „különleges jogok" és a „kizárólagos jogok" fogalmára vonatkozó nemzeti elméletek el is fedik az EK 81. cikkel, az EK 82. cikkel és az EK 86. cikkel való összefüggésüket. [78]

4. Következtetések

117. Az előzetes döntéshozatali kérdésre adandó válasz a közigazgatás hatékonysá-

73 – Valamennyi pályázót azonos esélyek illetnek meg az állampolgárságuktól függetlenül (a fent hivatkozott Bizottság kontra Belgium ügyben hozott ítélet 33. és 54. pontja).

74 – A C-3/88. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1989. december 5-én hozott ítélet (EBHT 1989., 4035. o.) 8. pontja.

75 – A 810/79. sz. Überschär-ügyben 1980. október 8-án hozott ítélet (EBHT 1980., 2747. o.) 16. pontja.

76 – A 2004/18 irányelv (2) preambulumbekezdése, a 2004/17 irányelv (9) preambulumbekezdése, valamint a Bíróság 103/88. sz. Fratelli Costanzo ügyben 1989. június 22-én hozott ítélete (EBHT 1989., 1839. o.) 18. pontjának vége; a fent hivatkozott BFI Holding ügyben hozott ítélet 41. pontja; a C-380/98. sz. University of Cambridge ügyben 2000. október 3-án hozott ítélet (EBHT 2000., I-8035. o.) 16. pontja; a C-237/99. sz., Bizottság kontra Franciaország ügyben 2001. február 1-jén hozott ítélet (EBHT 2001., I-939. o.) 41. pontja; a fent hivatkozott Stadt Halle és RPL Lochau ügyben hozott ítélet 44. pontja, és a fent hivatkozott Carbotermo-ügyben hozott ítélet 58. pontja.

77 – Muñoz Machado, S., *Servicio público y mercado. Los fundamentos*, I. kötet, Civitas, Madrid, 1998., 40. o., megnyugtatólag kifejti, hogy Európa nem utasítja el a közszolgáltatást, hanem azt egyszerűen a versenykörnyezethez akarja igazítani, ami egy újabb kihívást jelent, de egyáltalán nem ennek felszámolását.

78 – Ezeket a szempontokat foglalja össze Neergaard, U., „The concept of concession in the EU public procurement law versus EU competition law and nacional law", *The new EU public procurement Directives*, Ruth Nielsen & Steen Treumer (szerk.), Djøf Publishing, 2005., 149–181. oldal.

gának alapvető feltételeire tekintettel csakis igenő lehet, feltéve, hogy a közösségi jogból eredő garanciák nem sérülnek.

118. A Szerződés alapszabadságai megkövetelik az átláthatóság és a hátrányos megkülönböztetés tilalmának tiszteletben tartását azon magánjogi partner kiválasztására irányuló nyilvános pályázat kiírása során, amelynek sorsa kisebb módosításoktól eltekintve a szolgáltatás üzemeltetésétől függ, amelynek formális címzettje a vegyes tőkéjű társaság, míg a magánjogi vállalkozás biztosítja annak tényleges kivitelezését.

119. A magánjogi partner kiválasztásának feltételei nem csupán a bevitt tőkén kell, hogy alapuljanak, hanem e partner tapasztalatán és ajánlatának a nyújtandó sajátos szolgáltatásra vonatkozó jellemzőin is.

120. A kérdést előterjesztő bíróságnak azt kell értékelnie, hogy az *Európai Unió Hivatalos Lapjában* közzétett felhívás alkalmas-e a versenynek, a szolgáltatásnyújtás szabadságának és a letelepedés szabadságának, valamint a potenciális érintettek érdekeinek a megóvására.

121. Ugyanakkor annak elkerülése érdekében, hogy a magántag a versenytársaihoz képest indokolatlan előnyben részesüljön, [79] a nemzeti bíróságnak meg kell vizsgálnia, hogy azt a 2004/17 és a 2004/18 irányelvben meghatározott eljárásoknak megfelelően választották-e ki, természetesen feltéve, hogy az IPPP feltételei valamely szolgáltatásra irányuló közbeszerzési szerződésnek vagy építési koncessziónak felelnek meg.

122. A döntéshozatal érdekében a kérdést előterjesztő bíróságnak meg kell határoznia, hogy a ragusai IPPP közbeszerzési szerződést vagy koncessziót takar-e, illetve hogy – amint fentebb megjegyeztem – építésre vagy közszolgáltatásra vonatkozik-e; ily módon meg tudja határozni az alkalmazandó jogi szabályozást, amely szabályszerű odaítélést és teljes nyilvánosságot követel meg.

79 – A közlemény számos megbízható információt tartalmaz, mivel előírja, hogy az ajánlati felhívásban vagy a pályázati leírásban rögzíteni kell a létrehozandó vegyes tőkéjű társaság számára odaítélendő közbeszerzési szerződésre vagy koncesszióra vonatkozó alapvető információkat, valamint e gazdasági jogi személy alapszabályzatát. A közlemény továbbá javasolja a részvényesek közötti megállapodásokra [t.i. szindikátusi szerződésre], egyrészről az ajánlatkérő és a magánjogi partner, másrészről pedig a létrehozandó vegyestőkéjű társaság közötti szerződéses viszonyra, valamint a közbeszerzési szerződés vagy a koncesszió megújításának, illetve módosításának lehetőségére és az új feladatok odaítélésének lehetőségére vonatkozó információk közlését.

VII – Végkövetkeztetések

123. A fenti megfontolásokra tekintettel azt javasolom a Bíróságnak, hogy a Tribunale amministrativo regionale della Sicilia által előzetes döntéshozatal végett előterjesztett kérdésre a következőképpen válaszoljon:

„Az EK 43. cikket, az EK 49. cikket és az EK 86. cikket, valamint 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 irányelvet és a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/17/EK európai parlamenti és tanácsi irányelvet nem sérti a bizonyos előzetes építési munkák elvégzését szükségessé tevő közszolgáltatásoknak egy vegyes tulajdonú – köz- és magánjogi tőkével rendelkező –, különösen ebből a célból létrehozott társaság számára történő közvetlen odaítélése, feltéve, hogy a következő feltételek teljesülnek:

– a társaság a fennállása során végig megőrzi kizárólagos tevékenységét;

– a magántagot nyilvános pályázat alapján választják ki az elvégzendő szolgáltatásra vonatkozó pénzügyi és műszaki, valamint a tényleges operatív és üzemeltetési feltételeknek és az ajánlatának a nyújtandó sajátos szolgáltatásra vonatkozó jellemzőinek az ellenőrzése után;

– a magántag mint ipari partner biztosítja a szolgáltatás nyújtását és az építési munkák kivitelezését;

– a nyilvános ajánlati felhívás megfelel a szabad verseny elvének és a közösségi jog által a koncessziókkal szemben támasztott átláthatóság és egyenlő bánásmód elveinek, valamint adott esetben tiszteletben tartja a nyilvánosság és a szabályszerű odaítélés közbeszerzési szerződésekre vonatkozó szabályait.”