PAOLO MENGOZZI
FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA
Az ismertetés napja: 2014. február 27. [1]

C-574/12. sz. ügy

Centro Hospitalar de Setúbal, EPE,
Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)
kontra
Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda

(A Supremo Tribunal Administrativo [Portugália] által benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelem)

„Közbeszerzés — 2004/18/EK irányelv — Odaítélési eljárás lefolytatása kötelezettségének hiánya az uniós szabályozás értelmében (úgynevezett »in house« odaítélés) — A »hasonló ellenőrzés« követelménye — Az ajánlatkérő hatóságtól jogilag elkülönült és nonprofit egyesületi formával rendelkező ajánlattevő jogalany — Magánérdekek részvétele az ajánlattevő jogalanyban — A saját tevékenység lényegi részének a »hasonló ellenőrzést« gyakorló ajánlatkérő hatóságokkal való végzésére vonatkozó követelmény”

1. A jelen ügyben a portugál Supremo Tribunal Administrativo (legfelsőbb közigazgatási bíróság) által előzetes döntéshozatalra előterjesztett hat kérdés újból alkalmat nyújt a Bíróságnak arra, hogy pontosítsa azon követelmények terjedelmét, amelyeknek teljesülniük kell ahhoz, hogy valamely ajánlatkérő hatóság kivétellel élhessen az úgynevezett „in house” odaítélés tekintetében. E kivétel értelmében – amelyet a Bíróság már a Teckal-ügyben hozott ítéletben [2] megállapított, és amely már bőséges ítélkezési gyakorlattal rendelkezik – az ajánlatkérő hatóság két feltétel fennállása esetén mentesül a közbeszerzési eljárás megindításának kötelezettsége alól: ha e hatóság az ajánlattevő jogalany felett „hasonló ellenőrzést gyakorol”, mint a saját szervezeti egységei felett, illetve ha ezen utóbbi jogalany tevékenységeinek lényegi részét azon ajánlatkérő hatóság vagy hatóságok javára végzi, amely vagy amelyek ellenőrzik. [3]

2. A jelen ügy néhány olyan, eddig még nem tárgyalt kérdést vet fel, amelyek lehetőséget biztosítanak a Bíróság számára, hogy tovább pontosítsa az „in house” kivétel alkalmazási körét. Egyfelől a Bíróságnak azon ítélkezési gyakorlata terjedelmét kell maghatároznia, amelynek értelmében a magánérdekek jelenléte az ajánlattevő jogalany tekintetében kizárja annak lehetőségét, hogy az ajánlatkérő hatóság e jogalany felett hasonló ellenőrzést gyakoroljon, mint a saját szervezeti egységei felett. [4] Pontosabban, a

1 — Eredeti nyelv: olasz.

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

3 — Lásd többek között a C-26/03. sz., Stadt Halle és RPL Lochau ügyben 2005. január 11-én hozott ítélet ítélet (EBHT 2005., I-1. o.) 49. pontját; a C-458/03. sz. Parking Brixen ügyben 2005. október 13-án hozott ítélet (EBHT 2005., I-8585. o.) 62. pontját; a C-340/04. sz. Carbotermo és Consorzio Alisei ügyben 2005. május 11-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-4137. o.) 33. pontját; a C-295/05. sz. Asociación Nacional de Empresas Forestales ügyben 2007. április 19-én hozott ítélet (EBHT 2007., I-2999. o.) 55. pontját; a C-324/07. sz. Coditel Brabant ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet (EBHT 2008., I-8457. o.) 27. pontját; a C-573/07. sz. Sea-ügyben 2009. szeptember 10-én hozott ítélet (EBHT 2009., I-8127. o.) 40. pontját; a C-182/11. és C-183/11. sz., Econord egyesített ügyekben 2012. november 29-én hozott ítélet 25. pontját, valamint a C-159/11. sz., Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce és társai ügyben 2012. december 19-én hozott ítélet 32. pontját. E tekintetben lásd továbbá a C-15/13. sz. Datenlotsen Informationssysteme ügyre vonatkozó indítványomat.

4 — Lásd a fenti 25. és 28. pontot.

Bíróságnak tisztáznia kell, hogy az ajánlatkérő társaság tőkéjében való magánrészesedés tekintetében elfogadott megszorító jellegű megközelítést alkalmazni kell-e abban az esetben is, ha az ajánlattevő jogalany egy nonprofit szervezet, amelynek tagjai között, az ajánlatkérő hatóságon kívül, karitatív és jótékony célú szervezetek is vannak.

3. Másfelől, a jelen ügyben a Bíróságnak meg kell határoznia a második „Teckal követelmény" határait, vagyis azon feltételét, miszerint az ajánlattevő jogalany tevékenységeinek lényegi részét azon ajánlatkérő hatóság vagy hatóságok javára kell, hogy végezze, amely vagy amelyek ellenőrzik.

I – **Jogi háttér**

A – *Az uniós jog*

4. A 2004/18/CE irányelv[5] 1. cikke (2) bekezdésének a) pontja értelmében a közbeszerzési szerződés „egy vagy több gazdasági szereplő és egy vagy több ajánlatkérő szerv által írásban megkötött visszterhes szerződés, amelynek tárgya az ezen irányelv szerinti építési beruházás kivitelezése, vagy áru szállítása, vagy szolgáltatás nyújtása".

B – *A nemzeti jog*

5. A 2004/18 irányelvet a portugál jogba a Bíróság ítélkezési gyakorlatának fényében átültető, a közbeszerzésekről szóló portugál törvénykönyv 5. cikkének (2) bekezdése[6] értelmében „[k]izárásra kerülnek [a közbeszerzésre vonatkozó szabályozás alól] azon szerződések is, amelyeket – a tárgytól függetlenül – az ajánlatkérő hatóságok kötnek más jogalannyal, feltéve hogy:

a) az ajánlatkérő hatóság, egyedül vagy más ajánlatkérő hatóságokkal együtt, ez utóbbi jogalany felett hasonló ellenőrzést gyakorol, mint a saját szervezeti egységei felett;

b) az említett jogalany tevékenységeinek lényegi részét azon ajánlatkérő hatóság vagy hatóságok javára végzi, amelyek e jogalany felett az a) pontban hivatkozotthoz hasonló ellenőrzést gyakorol."

II – **Tényállás, nemzeti eljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések**

6. A Centro Hospitalar de Setúbal (a továbbiakban: CHS), a kérdést előterjesztő bíróság előtt folyamatban lévő eljárás első rendű felperese, portugál közkórház.

7. A Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (a továbbiakban: SUCH), a kérdést előterjesztő bíróság előtt folyamatban lévő eljárás másodrendű felperese az 1965. november 24-i 46.668 törvényerejű rendelettel létrehozott, saját alapszabállyal[7] rendelkező nonprofit szervezet. Alapszabályának 2. cikke értelmében a SUCH-ot közszolgáltatási feladat végzésének céljából hozták létre, tagjai szükségletei önigazgatásának egyik eszközét alkotja, célja pedig e tagok hatékonysága. E szervezet ezenfelül hozzájárul az egészségügyi politika megvalósításához, jelentő mértékben hozzájárulva a nemzeti egészségügyi rendszer pénzügyi hatékonyságához és fenntarthatóságához.

5 — 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., 2004.4.30., 114. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 132. o.).

6 — A 2008. január 29-i 18/2008. sz. rendelettörvény hagyta jóvá.

7 — A SUCH alapszabályát idővel többször módosították. Az ügy szempontjából relevéns tények megvalósulásának időpontjában hatályos változat a 2010 októberében jóváhagyott változat.

8. A SUCH alapszabálya 7. cikkének (1) bekezdése értelmében tagok csak olyan, a közszférához vagy a szociális szférához tartozó jogalanyok lehetnek, amelyek ápolási tevékenységet végeznek, illetve tevékenységüket az egészség előmozdításával és védelmével kapcsolatban végzik. Ugyanezen cikk (2) bekezdése értelmében a SUCH-nak mindazonáltal biztosítania kell, hogy a közgyűlésben szavazattöbbséggel olyan jogalanyok rendelkezzenek, amelyek a kormánynak az egészségügyért felelős tagja alá, és ennek irányítási, ellenőrzési és felügyeleti hatáskörébe tartoznak. A jelen ügyben releváns tényállás megvalósulása időpontjában a SUCH-nak 88 tagja volt, köztük a CHS, valamint 23 társadalmi szolidaritási célú, nonprofit jellegű magánintézmény, amelyek közül 20 karitatív intézmény (Misericórdias).

9. Alapszabályának 3. cikke értelmében a SUCH a kormány egészségügyi ágazatért felelős tagjának irányítási, ellenőrzési és felügyeleti hatáskörébe tartozik, aki hatáskörrel rendelkezik az igazgatótanács elnökének és alelnökének kinevezése, valamint a közgyűlés azon határozatainak jóváhagyása tekintetében, amelyek a következőkre vonatkoznak: az előző gazdasági évben kimutatott saját tőke 75%-át elérő vagy azt meghaladó nettó adósságszintet eredményező kölcsönszerződések; az alapszabály módosításai és a SUCH megszüntetése.

10. Alapszabálya 5. cikkének (3) bekezdése értelmében a SUCH szolgáltatásokat nyújthat nem tag belföldi vagy külföldi magánjogi vagy közjogi szervezeteknek verseny- és piaci körülmények között, azzal a feltétellel, hogy ez nem okoz kárt tagjainak, és előnyösnek bizonyul a SUCH és tagjai számára is, mind a gazdasági, mind pedig a technológiai korszerűsítés szempontjából. Ugyanezen cikk (4) bekezdése előírja, hogy a SUCH-nak biztosítania kell, hogy saját tevékenységének legalább 80%-át saját tagjai javára gyakorolja.

11. 2011. július 7-én a CHS és a SUCH megállapodást kötött, amelynek tárgya a SUCH részéről étkeztetés biztosítása volt a CHS betegei és személyzete számára. A megállapodás, amelyet ötéves, megújítható időtartamra kötöttek, előírja az éves 1 295 289 EUR ár megfizetését, amely, a megállapodás ötéves időtartama alatt, összességében 6 476 445 EUR-nak felel meg. A megállapodás tárgyát képező szolgáltatásnyújtást a CHS közvetlenül ítélte oda a SUCH-nak a 2004/18 irányelvben előírt közbeszerzési eljárások lefolytatása nélkül, mivel a szerződő felek szerint ez a megállapodás a SUCH és az ennek tagjai közé tartozó kórházak – közöttük a CHS – között fennálló „in house” jogviszonyok körébe tartozik.

12. Mivel úgy ítélte meg, hogy a CHS-szel kötött megállapodás tárgyát képező szolgáltatásnyújtásnak a SUCH számára történő közvetlen odaítélése jogellenes volt, tekintettel arra, hogy közbeszerzési eljárás lefolytatása nélkül történt, tehát sértette a közbeszerzésekre vonatkozó nemzeti és uniós jogszabályokat, az Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (a továbbiakban: Eurest) – az a társaság, amely a megállapodás tárgyát képezővel azonos szolgáltatásokat nyújt, valamint félként szerepel egy, a CHS-szel kötött szerződésben, amely megszüntetésre került a CHS és a SUCH közötti megállapodás következtében – keresetet nyújtott be a Tribunal Administrativo e Fiscal de Almadához, egyrészt a CHS igazgatótanácsának az általa az említett kórházzal kötött szerződést megszüntető végzése megsemmisítését, másrészt pedig a CHS és a SUCH között létrejött megállapodás megsemmisítését kérve.

13. A Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada 2012. január 30-án hozott ítéletében helyt adott a keresetnek, és semmisnek nyilvánította a CHS és a SUCH között létrejött megállapodást. E bíróság úgy ítélte meg, hogy nem teljesültek a közbeszerzésről szóló törvénykönyv 5. cikkének (2) bekezdésében előírt feltételek, és ezért a megállapodásban szereplő szolgáltatásnyújtás közbeszerzési eljárás tárgyát kell, hogy képezze. A CHS és a SUCH a Tribunal Central Administrativo do Sul előtt megtámadták az elsőfokú ítéletet, amely bíróság 2012. április 26-án elutasította fellebbezéseiket. Ezen ítélet ellen mind a SUCH, mind a CHS fellebbezést nyújtott be a Supremo Tribunal Administrativóhoz, a kérdést előterjesztő bírósághoz.

14. A kérdést előterjesztő bíróság mindenekelőtt azt emeli ki, hogy az nem vitatott, hogy az olyan kórház, mint a CHS, mivel közjogi jogi személy, ajánlatkérő hatóságnak minősül. Az a tény sem vitatott, hogy a közötte és a tőle eltérő jogalanynak minősülő SUCH között létrejött megállapodás szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződésnek minősül. A kérdést előterjesztő bíróság azt is hangsúlyozza, hogy ahhoz, hogy e közbeszerzési szerződés közvetlen „in house" odaítélés tárgyát képezhesse, teljesülnie kell a fenti 5. pontban említett, a Teckal-ügyben hozott ítéletben lefektetett ítélkezési gyakorlatot kodifikáló, a közbeszerzésekről szóló törvénykönyv 5. cikkének (2) bekezdésében előírt két feltételnek.

15. Közelebbről az első feltételt, nevezetesen a „hasonló ellenőrzés" fennállását illetően a kérdést előterjesztő bíróság megjegyzi, hogy a SUCH sajátos jogi jellege, amelynek társadalmi szolidaritási célú magánintézmények is tagjai, új kérdéseket vet fel a Bíróság azon ítélkezési gyakorlata vonatkozásában, amely szerint egy magánvállalkozás – akár kisebbségi – részesedése egy társaság tőkéjében mindenképpen kizárja azt, hogy ilyen jellegű ellenőrzés álljon fenn,[8] különösen azon tény vonatkozásában, hogy az uniós jogban ahhoz, hogy vállalkozásnak minősüljön, nem szükséges, hogy a szóban forgó jogalany nyereség szerzésére törekedjen. Ezenfelül, hivatkozással azon ítéletre, amelyben a portugál számvevőszék megtagadta a jóváhagyást a szóban forgó megállapodás tekintetében, és amelynek indokolása megismétlésre került az előtte megtámadott ítéletben, a kérdést előterjesztő bíróság arra keresi a választ, hogy a hasonló ellenőrzés követelménye teljesül-e a jelen esetben, figyelemmel a SUCH nem közjogi jogalany tagjainak számára, széles körű autonómiájára és a közhatalomtól való függetlenségére, működésének és különösen igazgatótanácsa működésének konkrét dinamizmusára, valamint méretére és összetettségére.

16. Az „in house" odaítélések második feltételét illetően a kérdést előterjesztő bíróság arra keresi a választ, hogy e feltétel teljesül-e, amennyiben, a SUCH alapszabálya rendelkezéseinek értelmében, ez utóbbi számlázott bevételeinek 20%-át tagjain kívüli harmadik személyek számára versenyhelyzetben nyújtott szolgáltatásokból szerezheti.

17. E megállapítások alapján a kérdést előterjesztő bíróság 2012. november 6-i végzésében szükségesnek tartotta az előtte folyamatban lévő eljárás felfüggesztését, és a következő kérdéseket terjesztette előzetes döntéshozatalra a Bíróság elé:

„1) Összeegyeztethető-e a szerződések belső odaítélésére vonatkozó közösségi ítélkezési gyakorlattal az, hogy egy közkórház az adott szerződés megkötéséről szóló törvényben előírt eljárás nélkül olyan nonprofit szervezettel köt szerződést, amelyhez ő maga tartozik, és amelynek célja egészségügyi közszolgáltatási feladat ellátása a tagjai nagyobb hatékonysága és eredményessége érdekében, illetve a hatáskörébe tartozó kórházi étkeztetési szolgáltatás nyújtása, ebből következően e területen átruházza a feladatok ellátását e szervezetre, ha az említett szervezet alapszabálya értelmében annak nemcsak a közszférához tartozó szervezetek, hanem a szociális ágazathoz tartozó szervezetek is tagjai lehetnek, és az odaítélés időpontjában ezen ágazatot az összesen 88 tagjából 23 szociális ellátást nyújtó nonprofit magánintézmény (IPSS) képviselte, amelyekből néhány karitatív szervezet volt?

2) Megállapítható-e, hogy az ajánlattevő szerv a döntéshozatala szempontjából olyan alárendelt helyzetben van a közjogi tagokkal szemben, hogy ez utóbbiak önállóan vagy együttesen a saját szerveik felett gyakorolt ellenőrzéshez hasonló módon ellenőrzik azt, amennyiben az alapszabály értelmében az ajánlattevőnek biztosítania kell, hogy a szavazati jogok többségével azon tagok rendelkezzenek, amelyekhez tartozik, és amelyek az egészségügyért felelős kormánytag irányítása, ellenőrzése és felügyelete alatt állnak, és az igazgatótanács is többségben a közjogi szervezetekből áll?

8 — Lásd a fent hivatkozott Stadt Halle és RPL Lochau ügyben hozott ítélet 49. és 50. pontját.

3) Tekinthető-e úgy, hogy teljesül a »hasonló ellenőrzés« követelménye a belső odaítéléssel kapcsolatos közösségi ítélkezési gyakorlat alapján, ha az alapszabály értelmében az ajánlattevő szerv felett az egészségügyért felelős azon kormánytag rendelkezik felügyeleti jogkörrel, aki jogosult az igazgatótanács elnökét és elnökhelyettesét kinevezni, az előző üzleti évben megállapított saját tőke 75%-át elérő vagy azt meghaladó nettó eladósodáshoz vezető kölcsönfelvételre vonatkozó közgyűlési határozatokat jóváhagyni, és az alapszabály módosításával, illetve az ajánlattevő szerv megszüntetésével kapcsolatos közgyűlési határozatokat jóváhagyni, valamint megszüntetés esetén az eszközök sorsáról dönteni?

4) Minősíthető-e tisztán belső vagy *in house* közbeszerzésnek az ajánlattevő és a közjogi tagjai között fennálló kapcsolat azon körülmény alapján, hogy az ajánlattevő egy Portugália egész területén működő, jelentős méretű és összetettségű szervezet, amelynek tagjaihoz a Serviço Nacional de Saúde intézményeinek és szolgálatainak többsége tartozik, beleértve az ország legnagyobb kórházait is, becsült forgalma eléri a 90 millió eurót, tevékenysége bonyolult, és különböző területekre terjed ki, figyelemreméltó tevékenységi mutatókkal rendelkezik, több mint 3300 munkavállalója van, és tagja két kiegészítő vállalkozáscsoportnak, illetve két gazdasági társaságnak?

5) Tekinthető-e úgy, hogy teljesül a belső odaítéléssel kapcsolatos követelmény, és különösen ami a CCP 5. cikke (2) bekezdésének b) pontjában előírt, »tevékenység lényeges céljára« vonatkozó követelményt illeti, abból kifolyólag, hogy az ajánlattevő szerv az alapszabálynak megfelelően versenyfeltételek mellett szolgáltatást nyújthat belföldi vagy külföldi nem tag közjogi szervezeteknek, illetve magánszervezeteknek, i. amennyiben ezzel semmilyen kárt nem okoz a tagoknak, és számukra, illetve az ajánlattevő számára előnyt biztosít akár gazdasági szempontból, akár anyagi gyarapodás és technológiai előrehaladás szempontjából, és ii. amennyiben e szolgáltatásnyújtás nem jelent az előző üzleti évben megállapított teljes üzleti forgalom 20%-át meghaladó számlázási forgalmat?

6) Abban az esetben, ha bármelyik fenti kérdésre adandó válasz önmagában nem lenne elegendő annak megállapítására, hogy a belső közbeszerzéssel kapcsolatos ítélkezési gyakorlat alapján teljesülnek-e, vagy sem, a CCP 5. cikkének (2) bekezdésében előírt követelmények, az említett válaszok együttes értelmezéséből következtethetünk-e ilyen jellegű közbeszerzés fennállására?”

III – **A Bíróság előtti eljárás**

18. Az előzetes döntéshozatalra utaló végzés 2012. december 7-án érkezett a Bíróság Hivatalához. A CHS, a SUCH, az Eurest, a spanyol és a portugál kormány, valamint a Bizottság nyújtott be írásbeli észrevételeket, és valamennyien részt vettek a 2013. november 21-én tartott tárgyaláson.

IV – **Jogi elemzés**

19. Mindenekelőtt azt kell megállapítani, hogy az előzetes döntéshozatalra utaló határozatból az következik, hogy az nem vitatott, hogy a CHS és a SUCH között létrejött szerződés közbeszerzési szerződésnek minősül, és mint ilyenre, főszabály szerint, a közbeszerzésekről szóló uniós szabályozás, közelebbről a 2004/18 irányelv rendelkezései vonatkoznak.[9]

20. A kérdést előterjesztő bíróság előtt folyamatban lévő ügyben vitatott kérdés azonban – amely kérdésre az e bíróság által előterjesztett valamennyi kérdés vonatkozik – arra irányul, hogy alkalmazható-e erre a közbeszerzési szerződésre az „in house” odaítélések tekintetében előírt kivétel.

9 — Nem vitatott ugyanis, hogy a kérdést előterjesztő bíróság előtt vitatott szerződés értéke, amint az a fenti 11. pontban megállapításra került, jóval meghaladja a módosított irányelv 7. cikkének b) pontjában rögzített küszöbértéket.

A – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésről*

21. Előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság lényegében arra vár választ a Bíróságtól, hogy a 2004/18 irányelv rendelkezéseinek alkalmazása alóli, a Bíróságnak az „in house” odaítélésekre vonatkozó ítélkezési gyakorlatából következő kivétel akkor is alkalmazható-e, ha az ajánlattevő olyan nonprofit szervezet, amelynek célja közszolgálati feladat megvalósítása, és amelynek alapszabálya lehetővé teszi, hogy nem csak a köz-, hanem a szociális szférához tartozó jogalanyok is tagjai lehessenek, és amennyiben a közbeszerzési szerződés odaítélésének időpontjában e szervezet tagjainak egy – kisebbségi – részét nem a közszférához, hanem a szociális szférához tartozó, nonprofit, különösen jótékonysági tevékenységet végző intézmények alkotják.

22. E kérdés a két Teckal-követelmény közül az elsőre vonatkozik, nevezetesen arra, hogy az ajánlatkérő hatóságnak az ajánlattevő jogalany felett „hasonló ellenőrzést” kell gyakorolnia, mint a saját szervezeti egységei felett.[10] Következésképpen előzetesen röviden emlékeztetni kell a „hasonló ellenőrzés” követelményének terjedelmére, amint azt az ítélkezési gyakorlat meghatározta.

23. E tekintetben a Bíróság megállapította, hogy akkor van hasonló ellenőrzésről szó, amennyiben a szóban forgó ajánlattevő jogalany olyan ellenőrzés alá tartozik, amely lehetővé teszi az ajánlatkérő hatóság számára döntései befolyásolását. Olyan befolyásnak kell fennállnia, amely meghatározó mind e szervezet stratégiai céljai, mind pedig fontos döntései tekintetében. Más szóval, az ajánlatkérő hatóságnak e jogalany felett strukturális és funkcionális ellenőrzést kell tudnia gyakorolni. A Bíróság azt is megköveteli, hogy ez az ellenőrzés tényleges legyen.[11]

24. Ezenfelül, az ítélkezési gyakorlat értelmében, abban az esetben, ha több hatóság tulajdonában álló szervezetet vesznek igénybe, a „hasonló ellenőrzést” e hatóságok együttesen is gyakorolhatják anélkül, hogy elengedhetetlen lenne az, hogy ezen ellenőrzést az egyes hatóságok egyénileg gyakorolják.[12]

25. Mindazonáltal, az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében, valamely magánvállalkozás – akár kisebbségi – részesedése olyan társaság tőkéjében, amelyben az ajánlatkérő hatóság szintén részesedéssel rendelkezik, minden esetben kizárja azt, hogy az ajánlatkérő a saját szervezeti egységei felett gyakorolt ellenőrzéshez hasonló ellenőrzést gyakoroljon az említett társaság felett.[13]

26. Ezt előrebocsátva, ami konkrétan a Bírósághoz előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdést illeti, mindenekelőtt azt kell megállapítani, hogy az a körülmény, hogy az ajánlattevő jogalany magánjogi jellegű formával rendelkezik, mint például egy egyesület, egyáltalán nem alkalmas arra, hogy önmagában kizárja az „in house” kivétel alkalmazását.[14] A Bíróság ugyanis már többször megállapította, hogy e kivétel alkalmazható magánjogi formával rendelkező ajánlattevő jogalany, mint például a részvénytársaság esetében.[15]

10 — Lásd a fenti 1. pontot.

11 — Lásd a fent hivatkozott Econord-ügyben hozott ítélet 27. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

12 — Lásd a fent hivatkozott Econord-ügyben hozott ítélet 28. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot.

13 — Lásd a fent hivatkozott Stadt Halle és RPL Lochau ügyben hozott ítélet 49. pontját; a C-29/04. sz., Bizottság kontra Ausztria ügyben 2005. november 10-én hozott ítélet (EBHT 2005., I-9706. o.) 46. pontját; a C-410/04. sz. ANAV-ügyben 2006. április 6-án hozott ítélet (EBHT 2006., I-3303. o.) 31. pontját; a C-337/05. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2008. április 8-án hozott ítélet (EBHT 2008., I-2173. o.) 38. pontját; a fent hivatkozott Coditel Brabant ügyben hozott ítélet 30. pontját; a fent hivatkozott Sea-ügyben hozott ítélet 46. pontját; a C-196/08. sz. Acoset-ügyben 2009. október 15-én hozott ítélet (EBHT 2009., I-9913. o.) 53. pontját, valamint a C-215/09. sz., Mehiläinen és Terveystalo Healthcare ügyben 2010. december 22-én hozott ítélet (EBHT 2010., I-13749. o.) 32. pontját.

14 — Lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Sea-ügyben hozott ítélet 41. pontját. E tekintetben lásd továbbá Stix-Hackl főtanácsnok fent hivatkozott Stadt Halle és RPL Lochau ügyre vonatkozó indítványának 63. pontját.

15 — Az előző lábjegyzetben hivatkozott Sea-ügyben hozott ítéleten kívül lásd továbbá a fent hivatkozott ANAV-ügyben hozott ítéletet (például a 33. pontot) és a fent hivatkozott Econord-ügyben hozott ítéletet (például a 29. és 32. pontot).

27. Az a körülmény, miszerint a közvetlen odaítélés ajánlattevő jogalanya nonprofit jellegű, nem releváns az „in house” kivétel alkalmazásának tekintetében. E kivétel alkalmazása ugyanis az ajánlatkérő hatóság és az ajánlattevő jogalany közötti azon belső viszonyon alapul, amelynek esetében nincs szó eltérő jogos érdekeket képviselő, két önálló akarat egységéről.[16] E kivétel tehát nemcsak az ajánlattevő jogalany jogi természetétől független, hanem azon körülménytől is, hogy e jogalany nyereség szerzésére törekszik-e, vagy sem. Az ítélkezési gyakorlatból egyébiránt az következik, hogy valamely jogalany, különösen egy egyesület nyereségszerzésre való törekvésének hiánya semmiképp nem zárja ki, hogy ez gazdasági tevékenységet folytasson, és e hiány, következésképpen, önmagában nem alkalmas arra, hogy kizárja e jogalanyt a közbeszerzésekre vonatkozó uniós jogi rendelkezések alkalmazása alól.[17]

28. Ami az ajánlattevő jogalany tagjai között azon jogalanyok jelenlétét illeti, amelyek nemcsak a közszférához, hanem a szociális szférához is tartoznak, arra kell emlékeztetni, hogy – amint azt a fenti 2. és 25. pontban említettem – a Bíróság immár állandósult ítélkezési gyakorlata megállapította, hogy valamely magánvállalkozás – akár kisebbségi – részesedése egy olyan társaság tőkéjében, amelyben az „in house” odaítélést megvalósítani szándékozó ajánlatkérő hatóság szintén részesedéssel rendelkezik, kizárja azt, hogy e hatóság e társaság felett a szükséges hasonló ellenőrzést gyakorolja.

29. Márpedig, amint azt egyébként a kérdést előterjesztő bíróság maga is megállapította, ezen ítélkezési gyakorlat értelmében annak lehetősége, hogy az ajánlatkérő hatóság hasonló ellenőrzést gyakoroljon az ajánlattevő jogalany felett, kizárt abban az esetben, ha magánérdekek állnak fenn ez utóbbi jogalanyban, valamely *vállalkozásnak* valamely *társaság társasági tőkéjében* való részesedés formájában.

30. A SUCH esete mindazonáltal eltér az ilyen jellegű tényállástól, mivel, egyfelől, nem rendelkezik társasági formával, tehát társasági tőkével sem, másfelől pedig a nem közjogi jellegű tagjainak minősülő társadalmi promóciós célú magánjogi jogalanyok nem szükségszerűen a szó szoros értelmében vett vállalkozások.

31. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdés tehát pontosan arra keresi a választ, hogy egy olyan helyzetre, mint a SUCH helyzete, alkalmazni kell-e az ítélkezési gyakorlatban kifejlesztett azon elvet, miszerint a magánérdekek jelenléte az ajánlattevő jogalanyban kizárja annak lehetőségét, hogy az ajánlatkérő hatóság e jogalany felett hasonló ellenőrzést gyakoroljon, aminek következtében ki kell zárni annak lehetőségét, hogy e jogalany számára közvetlenül ítéljenek oda szerződéseket az „in house” kivétel alkalmazásával?

32. E tekintetben előzetesen arra emlékeztetek, hogy a Bíróság többször hangsúlyozta, hogy a közbeszerzésekre vonatkozó uniós szabályozás elsődleges célja az áruk és a szolgáltatások szabad mozgása, valamint a lehető legszélesebb verseny megnyitása valamennyi tagállamban.[18] E célkitűzés maga után vonja azt, a bármely ajánlatkérő hatósággal szemben fennálló kötelezettséget, hogy a közbeszerzésekre vonatkozó uniós szabályozást alkalmazzák, amennyiben fennállnak az e szabályozásban foglalt feltételek, ami azzal a következménnyel jár, hogy az e kötelezettségtől való bármely eltérést *szigorúan* kell értelmezni.[19]

16 — E tekintetben lásd részletesebben a fent hivatkozott Datenlotsen Informationssysteme ügyre vonatkozó indítványom 41. pontját, széles körű hivatkozásokkal az ítélkezési gyakorlatra.

17 — Lásd a fent hivatkozott C-119/06. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben hozott ítélet 37. és 41. pontját, valamint a C-305/08. sz. CoNISMa-ügyben 2009. december 21-én hozott ítélet (EBHT 2009., I-12129. o.) 45. pontját.

18 — Lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott CoNISMa-ügyben hozott ítélet 37. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot, valamint a fent hivatkozott Carbotermo és Consorzio Alisei ügyben hozott ítélet 58. pontját.

19 — Lásd többek között a fent hivatkozott Stadt Halle és RPL Lochau ügyben hozott ítélet 44. és 46. ponjtát, a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 63. pontját, valamint a fent hivatkozott ANAV-ügyben hozott ítélet 26. pontját. E tekintetben lásd a fent hivatkozott Datenlotsen Informationssysteme ügyre vonatkozó indítványom 38. pontját.

33. Ezt előrebocsátva megállapítom, hogy az ítélkezési gyakorlat értelmében az olyan „in house” viszony kizárása, amely igazolja a közvetlen odaítélést az ajánlattevő jogalanyának tőkéjében fennálló magánrészesedés esetén, kettős indokon alapul. Amint azt ugyanis a Bíróság egyrészt megállapította, az ajánlatkérőnek minősülő hatóság és a saját szervei közötti kapcsolatot közérdekű célkitűzéseket követő megfontolások és követelmények határozzák meg, míg ezzel szemben a vállalkozásokban végrehajtott minden magántőke-befektetés magánérdekből fakadó megfontolásokon alapul, és eltérő jellegű célokat követ. [20]

34. Másrészt, a Bíróság azt is megállapította, hogy a közbeszerzési szerződés vegyes, köz- és magántulajdonban álló vállalkozás részére ajánlati felhívás mellőzésével történő odaítélése sérti a szabad és tisztességes verseny célkitűzését és az érdekeltekkel való egyenlő bánásmód elvét, különösen amennyiben az ilyen eljárás az e vállalkozás tőkéjében részesedéssel rendelkező magánvállalkozást előnyben részesíti versenytársaival szemben. [21]

35. Márpedig úgy vélem, hogy mind a két megállapítás, amelyet a Bíróság tett valamely magánvállalkozásnak egy társaság társasági tőkéjében fennálló részesedését illetően, alkalmazható egy olyan helyzetre, mint – az ügy irataiban szereplő tényekből következően – a SUCH helyzete.

36. Egyfelől ugyanis az az elemzés, miszerint a magánérdekek követése eltérő megfontolásokon alapul, mint a közérdekek követése, véleményem szerint nem korlátozódik valamely társaságba történő magántőke-befektetésekre. Kétségtelen ugyanis, hogy az olyan magánjogi jogalanyok részesedése valamely ajánlattevő jogalany tőkéjében, mint a társadalmi szolidaritást előmozdító szervezetek, olyan magánjellegű megfontolásoknak és érdekeknek felel meg, mint például a karitatív vagy jótékonysági érdekek, és amely érdekek, bármennyire is dicséretes célokat követnek, nem esnek szükségszerűen egybe a közérdekkel. E célkitűzések ugyanis, jóllehet egyes esetekben – elvonatkoztatottan – közérdekűnek minősíthetők, mindazonáltal a magánérdekre jellemző jegyeket mutatnak, mint például az egyházi [22] vagy egyesületi jelleg, amelyek kiegészíthetik a közérdeket, mégis idegenek attól.

37. Másfelől, mivel nem zárható ki, hogy az olyan nonprofit egyesületek, mint a SUCH tagjai között szereplő karitatív egyesületek gazdasági tevékenységet folytathatnak más gazdasági szereplőkkel versenyezve, és közbeszerzési eljárásokban vehetnek részt, [23] valamely közbeszerzési szerződés közvetlen odaítélése az „in house” kivétel alkalmazásával alkalmas arra, hogy ez esetben is, akárcsak a társaságok esetében, előnyhöz juttassa e gazdasági szereplőket versenytársai hátrányára.

38. A fenti megfontolások véleményem szerint, legalábbis a jog jelenlegi állapotában, [24] kizárják annak elismerése lehetőségét, hogy valamely ajánlatkérő hatóság a saját szervezeti egységei felett gyakorolthoz hasonló ellenőrzést gyakoroljon egy olyan nonprofit egyesület felett, amelynek tagjai között, bár kisebbségben, olyan, nem közjogi jogalanyok vannak, amelyek magánjogi jelleggel rendelkeznek, és karitatív vagy szolidaritásra irányuló érdekeket követő, nonprofit egyesületekként magánérdekeket

20 — Lásd a fent hivatkozott Stadt Halle és RPL Lochau ügyben hozott ítélet 50. pontját, valamint a fent hivatkozott Bizottság kontra Ausztria ügyben hozott ítélet 47. pontját.

21 — Lásd a fent hivatkozott Stadt Halle és RPL Lochau ügyben hozott ítélet 51. pontját.

22 — Úgy tűnik, hogy – a nemzeti bíróságra háruló vizsgálatok fenntartásával – erről van szó a SUCH-hoz tartozó „Misericordiàs” esetében.

23 — A fent hivatkozott Bizottság kontra Olaszország ügyben hozott ítélet 37. és 41. pontja, valamint a fent hivatkozott CoNISMa-ügyben hozott ítélet 45. pontja.

24 — E tekintetben meg kell ugyanis állapítani, hogy a közbeszerzésekre vonatkozó parlamenti és tanácsi irányelvjavaslat legutóbbi változata (11745/13. sz. tanácsi dokumentum), jelenleg megvitatás alatt a Tanácsnál, és amelyre a Bizottság hivatkozott a tárgyaláson, az in house odaítélések feltételeként azt írja elő, hogy ne legyen közvetlen magánrészesedés azon jogi személy tőkéjében, amely felett az ajánlatkérő szerv a hasonló ellenőrzést gyakorolja, az ellenőrzést és a vétójogot lehetővé nem tévő részesedésknek a nemzeti jogszabályok által előírt kivételével, amely szabályok nem teszik lehetővé az e jogi személy feletti meghatározó befolyás gyakorlását. Nem kizárt, hogy abban az esetben, ha ez a változat megmarad az új irányelv végleges változatában, ez egyes különös esetekben a jog mai állapotán alapulótól eltérő értelmezéshez vezethet.

képviselnek. Ebből következik, hogy, véleményem szerint, valamely közbeszerzési szerződésnek egy ajánlatkérő hatóság által egy ilyen jogalany számára az „in house” kivétel alapján történő odaítélését ki kell zárni. Nyilvánvalóan a későbbiekben a kérdést előterjesztő bíróság feladata, hogy elvégezze az ügy e tekintetben való vizsgálatát.

39. Mindezek után, meglátásom szerint, szükséges még néhány észrevételt tenni.

40. Először is, az a tény, hogy olyan szervezetek – akár kisebbségi – részesedése egy jogalany tőkéjében, amelyek magánérdekeket képviselnek, még ha nem is törekednek nyereségre, a jog jelenlegi állapotában nem teszi lehetővé azt, hogy „in house” jellegű viszony jöjjön létre egy vagy több ajánlatkérő hatóság és egy ilyen jogalany között, egyáltalán nem jelenti azt, hogy a szolidaritást, az önkéntességet és a jótékonyságot előmozdító szervezetek jellege és célkitűzései nem kerülhetnek figyelembevételre a közbeszerzések területén is. E tekintetben kénytelen vagyok megállapítani, hogy, egyfelől, az EUSZ 2. cikk kifejezetten elismeri a szolidaritást mint az európai társadalmi modellt jellemző egyik értéket, következésképpen az ezen értéket követő jogalanyok tevékenyen hozzájárulnak az európai társadalom felépítéséhez a Szerződések szellemével összhangban.[25] Másfelől, és e megfontolással összhangban, meg kell állapítani, hogy a szociális és a szolidaritásra vonatkozó megfontolások nem idegenek a közbeszerzési szabályozástól, amint az például a 2004/18 irányelv 26. cikkének rendelkezéséből is következik, amely előírja, hogy valamely közbeszerzési szerződés teljesítésére irányadó feltételek szociális megfontolásokon alapulhatnak.[26]

41. Másodsorban meg kell állapítani, hogy az a puszta tény, hogy a közbeszerzési eljárásban ajánlattevő nonprofit egyesület alapszabálya előírja, hogy ezen egyesületnek nem csak a közszférához, hanem a szociális szférához tartozó jogalanyok is tagjai lehetnek, önmagában nem alkalmas arra, hogy kizárja az „in house” viszony fennállását, abban az esetben, ha ezen egyesület tagjait a szerződés odaítélésének időpontjában kizárólag közjogi hatóságok alkotják. Ugyanis az, hogy az a tény, hogy elismerésre kerül annak az alapszabályban előírt puszta lehetősége, hogy magánjogi jogalanyok valamely egyesület tagjai lehessenek, határozatlan időre felfüggesztheti az arra vonatkozó értékelést, hogy az egyesület teljesen egészében közjogi jellegű, vagy sem, ellentétes lenne a jogbiztonság elvével. Ebből következik, hogy abban az esetben, ha a szóban forgó egyesület tagjai a szerződés odaítélésének időpontjában kizárólag közjogi hatóságok, az egyesületben való részvétel megnyitása a magánjogi jogalanyok előtt csak akkor vehető figyelembe, ha az említett időpontban létezik már e megnyitás konkrét, rövid távú terve. Annak puszta lehetősége, hogy magánjogi jogalanyok is tagjai lehetnek valamely egyesületnek, nem elégséges tehát azon következtetés levonásához, hogy az ajánlattevő hatóság részéről történő hasonló ellenőrzés követelménye nem teljesül.[27]

42. Ezzel szemben abban az esetben, ha valamely közbeszerzési szerződést ajánlattételi felhívás nélkül ítélnek oda egy olyan egyesületnek, amelynek valamennyi tagja közjogi hatóság, és a szerződés érvényességének időtartama alatt magánjogi szervezeteket vesznek fel ezen egyesület tagjai közé, ez a közbeszerzési szerződés egyik alapvető feltétele megváltozását jelentené, ami ajánlattételi eljárás meghirdetését tenné szükségessé.[28]

25 — E tekintetben ki lehet emelni, például, hogy a bíróság elismerte a tagállamok saját mozgásterét a szociális-támogatási rendszer megszervezése tekintetében, azon feltétellel ismerve el azt a lehetőséget, hogy magán gazdasági szereplőket vonjanak be e rendszerbe, hogy e gazdasági szereplők nem törekszenek nyereség szerzésére. Lásd a C-70/95. sz., Sodemare és társai kontra Regione Lombardia ügyben 1997. június 17-én hozott ítélet (EBHT 1997., I-3395. o.) 32. pontját.

26 — E tekintetben lásd szintén ugyanezen rendelet (46) preambulumbekezdését.

27 — Lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Sea-ügyben hozott ítélet 49., 50. és 51. pontját.

28 — Lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Sea-ügyben hozott ítélet 53. pontját.

43. A fenti megfontolások összességéből az következik, hogy – véleményem szerint – az előzetes döntéshozatalra terjesztett első kérdésre azt a választ kell adni, hogy a közbeszerzésekre vonatkozó uniós szabályozás alóli, az „in house" odaítélések tekintetében előírt kivétel nem alkalmazható, amennyiben az az ajánlattevő jogalany, amely számára az ajánlatkérő hatóság közvetlenül, nyilvános ajánlattételi eljárás nélkül szándékozik odaítélni a közbeszerzési szerződést, olyan magánjogi jogalany, amelynek tagjai között – akár kisebbségben – magánjogi érdeket képviselő jogalanyok vannak.

B – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második és harmadik kérdésről*

44. Második és harmadik kérdésével – amelyek véleményem szerint együtt vizsgálhatók – a kérdést előterjesztő bíróság arra keresi a választ, hogy „hasonló ellenőrzés" állhat-e fenn egy ajánlattevő jogalany felett, amennyiben alapszabályának egyes rendelkezései az alapszabályban előírt szervekben különleges hatásköröket biztosít közjogi jellegű tagjainak, illetve a kormány hatáskörrel rendelkező tagjának.

45. Konkrétabban, második kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság lényegében arra vár választ a Bíróságtól, hogy valamely ajánlattevő jogalany felett ennek közjogi tagjai által gyakorolt egyéni vagy együttes „hasonló ellenőrzésről" van-e szó abban az esetben, ha e jogalany, alapszabálya értelmében, köteles biztosítani, hogy a szavazatok többségével a közgyűlésben azok a tagok rendelkezzenek, amelyek a kormánynak az egészségügyért felelős tagja alá, és ennek irányítási, ellenőrzési és felügyeleti hatáskörébe tartoznak, és amely jogalany igazgatótanácsa tagjainak többsége közjogi tagokból áll.

46. Harmadik kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság lényegében arra keresi a választ, hogy „hasonló ellenőrzésről" van-e szó abban az esetben, amikor az ajánlattevő jogalany, alapszabályának értelmében, a kormánynak az egészségügyi ágazatért felelős tagja felügyeleti hatásköre alá tartozik, amely kormánytag jelöli ki az igazgatótanács elnökét és alelnökét, hagyja jóvá a közgyűlés egyes különös, a SUCH alapszabályának 3. cikkében szereplő határozatait.[29]

47. Márpedig, az első kérdésre adott válaszból az következik, hogy kizárt az, hogy valamely ajánlatkérő hatóság a saját szervezeti egységei felett gyakorolthoz hasonló ellenőrzést gyakoroljon egy olyan ajánlattevő jogalany felett, amelyben – akár kisebbségben – magánérdekeket képviselő jogalanyok rendelkeznek részesedéssel. Véleményem szerint e megállapításból – amely a kivételnek a 32. pontban hivatkozott ítélkezési gyakorlat értelmében vett szigorú értelmezése kifejeződése – logikusan következik, hogy a magánérdekeket képviselő jogalanyok részesedése az ajánlattevő jogalanyban nem orvosolható ez utóbbi jogalany alapszabályának olyan esetleges rendelkezéseivel, amelyek különös ellenőrzési vagy felügyeleti hatáskört ruháznak a többi közjogi tagra vagy a kormány hatáskörrel rendelkező tagjára. Ebből következik, hogy megítélésem szerint mind a második, mind pedig a harmadik előzetes döntéshozatalra terjesztett kérdésre nemleges választ kell adni.

48. Ezenfelül egyébként hangsúlyozom, hogy az a tény, hogy az ajánlattevő jogalany a kormány hatáskörrel rendelkező tagjának közvetlen[30] vagy közvetett[31] felügyeleti hatásköre alá tartozik, nem jelenti szükségszerűen azt, hogy az ajánlatkérő hatóságok egyénileg vagy együttesen az ajánlattevő felett a saját szervezeti egységeik felett gyakorolthoz hasonló ellenőrzést gyakorolnak.

29 — Lásd a fenti 9. pontot.

30 — Mint az előtetes döntéshozatalra előterjesztett harmadik kérdésben vitatott alapszabályi rendelkezés, azaz a SUCH alapszabályának 3. cikke esetében.

31 — Mint az előtetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdésben vitatott alapszabályi rendelkezés, azaz a SUCH alapszabálya 7. cikkének (2) bekezdése esetében.

49. Ugyanis igaz az, hogy az ajánlattevőnek az alapszabályban előírt döntéshozó szervei feletti ellenőrzési hatáskör az egyes esetek körülményeinek függvényében az egyik olyan tényezőnek minősíthető, amely lehetővé teszi az e hatáskörrel rendelkező ajánlatkérő hatóságok számára, hogy ezen ajánlattevő felett a saját szervezeti egységeik felett gyakorolthoz hasonló ellenőrzést gyakoroljanak.[32] Elvonatkoztatottan az is igaz, hogy nem zártható ki, hogy egy konkrét eset meghatározott sajátos körülményei között,[33] az azon közjogi hatóságoknak biztosított ellenőrzési és felügyeleti hatáskörök, amelyek az ajánlatkérő hatóságokat ellenőrzik, amely utóbbiak viszont az ajánlattevő felett gyakorolnak ellenőrzést, hozzájárulhatnak az ajánlattevő akaratszabadságának korlátozásához, oly módon, hogy így elismerhető lehet, hogy az említett ajánlatkérő hatóságok hasonló ellenőrzést gyakorolnak ezen ajánlattevő felett.

50. Mindazonáltal, e megfontolások ellenére a hasonló ellenőrzés fennállását specifikusan az ajánlattevő hatóságok viszonylatában kell megállapítani, amely ellenőrzést azon jogalany felett kell gyakorolniuk, amely számára a közbeszerzési szerződést közvetlenül oda szándékoznak ítélni, nem pedig az állam mint olyan viszonylatában, a kormány hatáskörrel rendelkező tagja közvetítése által.

51. A fenti megfontolásokra figyelemmel úgy vélem, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második és harmadik kérdésre azt a választ kell adni, hogy abban az esetben, ha valamely jogalanyban – akár kisebbségben – magánérdekeket képviselő jogalanyok rendelkeznek részesedéssel, e jogalany alapszabályának azon rendelkezései, amelyek különös ellenőrzési vagy felügyeleti hatáskörrel ruházzák fel a többi közjogi tagot, illetve a kormány hatáskörrel rendelkező tagját, nem teszik lehetővé az e jogalany feletti, az „in house” kivétel alkalmazását igazoló hasonló ellenőrzés fennállásának megállapítását.

C – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett negyedik kérdésről*

52. Negyedik kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság lényegében arra vár választ a Bíróságtól, hogy az a körülmény, hogy az ajánlattevő jogalany összetett és jelentős méretű szervezet, amely az ország egész területén végez tevékenységet, lehetővé teszi-e az e jogalany és a közjogi tagjai közötti jogviszonyt „in house” viszonyként történő minősítését, ami igazolja valamely közbeszerzési szerződés e szervezet számára történő közvetlen odaítélését.

53. Ezen előzetes döntéshozatalra terjesztett kérdés, akárcsak az előző három, az első „Teckal-követelményre”, azaz a „hasonló ellenőrzés” fennállására vonatkozik. A fenti 23. pontban emlékeztettem e követelményeknek az ítélkezési gyakorlat által körülhatárolt terjedelmére, azaz mint strukturális, funkcionális és tényleges ellenőrzési formára. A fenti 27. pontban ellenben arra emlékeztettem, hogy az ítélkezési gyakorlat értelmében az „in house kivétel” alapját az ajánlattevő jogalany önállóságának hiánya képezi.

54. Márpedig e megfontolásokból az következik, hogy valamely szervezet jelentős mérete és összetett struktúrája önmagukban nem minősülnek olyan tényezőknek, amelyek lehetővé teszik annak megállapítását, hogy valamely hatóság ténylegesen strukturális és funkcionális ellenőrzést gyakorol valamely jogalany felett, következésképpen azt sem, hogy a közöttük fennálló jogviszonyt az ítélkezési gyakorlat értelmében vett „hasonló ellenőrzésnek” lehessen minősíteni.

32 — Lásd a fent hivatkozott Sea-ügyben hozott ítélet 89. pontját; ebben az értelemben a fent hivatkozott Coditel Brabant ügyben hozott ítélet 34. pontját is; de a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 69. pontját is.

33 — Amely körülmények között nincs magánrészesedés az ajánlattevő jogalanyban.

55. Mindazonáltal ez nem jelenti azt, hogy e tényezők teljességgel irrelevánsak lennének a hasonló ellenőrzés fennállásának megállapítására irányuló elemzés szempontjából. Valamely szervezet jelentős mérete és összetett struktúrája ugyanis – véleményem szerint – olyan jelzésértékű tényezők, amelyek hozzájárulhatnak azon következtetés levonásához, hogy e szervezet olyan önálló mozgásteret élvez, amely kizárja a hasonló ellenőrzés fennállását. Következésképpen úgy vélem, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett, negyedik kérdésre ilyen értelemben kell válaszolni.

D – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett ötödik kérdésről*

56. Előzetes döntéshozatalra előterjesztett ötödik kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság lényegében arra vár választ a Bíróságtól, hogy alkalmazható-e az „in house” kivétel abban az esetben, ha valamely ajánlattevő jogalany, alapszabályának értelmében, versenykörülmények között szolgáltatásokat nyújthat a nem társult közjogi és magánjogi szervezeteknek azzal a feltétellel, hogy – először is – ez nem okoz kárt tagjainak, és számukra, illetve magának a jogalanynak a számára előnyösnek bizonyul, és, másodsorban, hogy e szolgáltatások nyújtása nem haladja meg az előző üzleti évben megállapított éves számlázott teljes bevételeinek 20%-át.

57. Míg az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első négy kérdés az első Teckal-követelményre, vagyis a „hasonló ellenőrzés” fennállására vonatkozott, az előzetes döntéshozatalra előterjesztett ötödik kérdés a második, az „in house” kivétel alkalmazásához szükséges követelményre vonatkozik, vagyis arra a feltételre, hogy az ajánlattevő jogalany saját tevékenységének lényegi részét azon ajánlatkérő hatóság vagy hatóságok javára végezze, amely vagy amelyek ellenőrzik.

58. E tekintetben emlékeztetni kell arra, hogy a Bíróság megállapította, hogy e második feltétel célja elsősorban annak biztosítása, hogy a közbeszerzésekre vonatkozó szabályozás abban az esetben is alkalmazható legyen, ha valamely, egy vagy több szervezet által ellenőrzött jogalany aktív a piacon, és következésképpen más vállalkozásokkal is versenyezhet. A Bíróság megállapította ugyanis, hogy valamely vállalkozás nincs szükségképpen megfosztva a cselekvési szabadságától mindössze amiatt, hogy az őt érintő döntéseket ellenőrzi azon közjogi szervezet, amelynek a tulajdonában áll, ha a gazdasági tevékenységének jelentős részét más piaci szereplőkkel is képes kifejteni.[34]

59. A Bíróság azt is megállapította, hogy a szóban forgó jogalany csak akkor végzi tevékenységének lényeges részét azzal a hatósággal vagy hatóságokkal, amelyeknek a tulajdonában áll, ha e jogalany tevékenységét *lényegileg és főként* kizárólagosan e hatóságnak (vagy hatóságoknak) szánja, és következésképpen minden más tevékenysége csak *mellékes* jellegű.[35] Abban az esetben, ha több ajánlatkérő hatóság gyakorol hasonló ellenőrzést valamely jogalany felett, azt a tevékenységet kell figyelembe venni, amelyet az említett jogalany valamennyi ajánlatkérő hatósággal végez.[36]

60. Ezenfelül, az Asociación Nacional de Empresas Forestales ügyben hozott ítéletben[37] a Bíróság megállapította, hogy – a kérdést előterjesztő bíróság által végzendő szükséges vizsgálatokat fenntartva – e feltétel teljesül abban az esetben, ha az ajánlattevő jogalany tevékenységének átlagosan mintegy 90%-át azon közjogi jogalanyokkal és közszervezetekkel végezte, amelyek tulajdonában állt.[38]

34 — Lásd a fent hivatkozott Carbotermo és Consorzio Alisei ügyben hozott ítélet 60. és 61. pontját.

35 — Uo., 62. és 63. pont (kiemelés tőlem).

36 — Uo., 70. és 71.pont.

37 — A fent hivatkozott C-295/05 ügyben hozott ítélet.

38 — Uo., 63. pont.

61. Ezt előrebocsátva, mindenekelőtt az alapszabály azon előírását illetően, amelynek értelmében a szóban forgó ajánlattevő jogalany kizárólag azzal a feltétellel nyújthat versenykörülmények között szolgáltatásokat harmadik személyek számára, hogy ez nem okoz kárt tagjainak, és számukra ez előnyösnek bizonyul, úgy vélem, hogy ez az előírás, mivel korlátozza e jogalanynak a szabad verseny körülményei között végzett tevékenységét, nem akadályozhatja a második Teckal-feltétel alkalmazását.

62. Relevánsabbnak tűnik ellenben az annak meghatározására irányuló kérdés, hogy e feltétel teljesül-e, amennyiben az ajánlattevő jogalany éves összes számlázott bevételének 20%-át nem társult közjogi jogalanyok és magánjogi jogalanyok, illetve harmadik személyek javára teljesíti. E tekintetben úgy ítélem meg, hogy – amint azt a fenti 32. pontban hivatkozott ítélkezési gyakorlat is megköveteli – a szóban forgó kivétel értelmezésében szigorú megközelítést kell alkalmazni. Ennek megfelelően, egy olyan helyzetben, amikor az ajánlattevő jogalany nem azon hatóságok javára végzi tevékenységének 20%-át, amelyek tulajdonában áll, hanem a szabad verseny körülményei között, úgy vélem, nem állapítható meg, hogy – amint azt a fenti 59. pontban hivatkozott ítélkezési gyakorlat is megköveteli – e jogalany tevékenységét *lényegileg és főként* kizárólagosan az őt ellenőrző hatóságnak végzi, és hogy következésképpen minden más tevékenysége csak *mellékes* jellegű. Valamely jogalanynak az összes tevékenysége egyötödét kitevő tevékenysége véleményem szerint már csak mennyiségi szempontból sem tekinthető *mellékesnek*.

63. Következésképpen úgy ítélem meg, hogy a jog jelenlegi állapotában [39] az előzetes döntéshozatalra előterjesztett ötödik kérdésre azt a választ kell adni, hogy az „in house” kivétel nem alkalmazható abban az esetben, ha valamely ajánlattevő jogalany, alapszabályának értelmében, versenykörülmények között nem társult közjogi jogalanyok és magánjogi jogalanyok számára nyújthat szolgáltatásokat az előző üzleti évben megállapított éves számlázott teljes bevételeinek 20%-át meg nem haladó mértékben.

E – *Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett hatodik kérdésről*

64. Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett hatodik kérdésre – a kérdést előterjesztő bíróság kérelmének megfelelően – csak akkor kell válaszolni, ha az előző kérdésekre adott, egyenként tekintett válaszok egyike sem elégséges annak megállapításához, hogy fennállnak-e, vagy sem az „in house” kivétel alkalmazása tekintetében előírt feltételek. Ez esetben a kérdést előterjesztő bíróság azt kérdezi, hogy e válaszok együttes értékelése lehetővé teszi-e azon következtetés levonását, miszerint e kivétel alkalmazható egy olyan ügyben, mint amely e bíróság előtt folyamatban van.

65. Márpedig, az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első öt kérdésre adott válaszokra figyelemmel úgy vélem, hogy ha a Bíróság az általam javasolt megközelítést alkalmazza, e kérdés tekintetében mellőzheti a választ. A válaszokból, és különösen az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első és ötödik kérdésre adott válaszból ugyanis az következik, hogy egy olyan ügyben, mint amilyen a kérdést előterjesztő bíróság előtt folyamatban van, az említett kivétel, a jog jelenlegi állapotában [40] nem alkalmazható, a válaszok esetleges együttes értékelésétől függetlenül. Azt javaslom tehát a Bíróságnak, hogy az ötödik kérdésre ne adjon választ.

39 — Meg kell ugyanis állapítani, hogy a fenti 24. lábjegyzetben hivatkozott, a közbeszerzési szerződésekről szóló parlamenti és tanácsi irányelvjavaslat legutóbbi változata kifejezetten előírja, hogy az in house kivétel azzal a feltétellel alkalmazható, gogy a szóban forgó ajánlattevő jogalany tevékenységének több mint 80%-át az őt ellenőrző ajánlattevő hatóság vagy hatóságok javára kell végeznie (lásd a 11. cikk (1) bekezdésének b) pontját). Egyértelmű, hogy abban az esetben, ha e küszöbérték megerősítésre kerülne az irányelvben, ez a jogalkotó olyan döntését tükrözné vissza, amely a jövőben megváltoztatná a jog állapotát. Ez azonban véleményem szerint semmiféle szerepet nem játszik a jelenlegi állapotban hatályos jog értelmezésében.

40 — Lásd a fenti 24. és 38. lábjegyzetet.

V – **Végkövetkeztetések**

66. A fenti megállapítások alapján azt javaslom, hogy a Bíróság az alábbi értelemben válaszoljon a Supremo Tribunal Administrativo által előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekre:

A közbeszerzésekre vonatkozó uniós szabályozás alóli, az „in house” odaítélések tekintetében előírt kivétel nem alkalmazható abban az esetben, ha az ajánlattevő jogalany, amelynek számára az ajánlatkérő hatóság közvetlenül oda szándékozik ítélni a közbeszerzési szerződést, nyilvános odaítélési eljárás nélkül, olyan magánjogi jogalany, amelynek tagjai között – akár kisebbségben – magánérdekeket képviselő jogalanyok vannak. Ebben az esetben az ajánlattevő jogalany alapszabályának azon rendelkezései, amelyek különös ellenőrzési vagy felügyeleti hatásköröket ruháznak a többi közjogi tagra, illetve a kormány hatáskörrel rendelkező tagjára, nem teszik lehetővé az e jogalany feletti hasonló ellenőrzés fennállásának megállapítását, ami az „in house” kivétel alkalmazását igazolhatná.

Valamely jogalany jelentős mérete és összetett struktúrája olyan jelzésértékű tényezőknek minősülhetnek, amelyek a konkrét ügy valamennyi körülményének átfogó értékelése keretében hozzájárulhatnak azon következtetés levonásához, miszerint e jogalany olyan önálló mozgásteret élvez, amely kizárja a hasonló ellenőrzés fennállását.

Nem alkalmazható az „in house” kivétel abban az esetben, ha valamely ajánlattevő jogalany, alapszabályának értelmében, versenykörülmények között nem társult közjogi jogalanyok és magánjogi jogalanyok számára szolgáltatásokat nyújthat az előző üzleti évben megállapított éves számlázott teljes bevételeinek 20%-át meg nem haladó mértékben.