

A SZOLGÁLTATÁSI KONCESSZIÓRA VONATKOZÓ ÚJ KÖZBESZERZÉSI SZABÁLYOK AZ EURÓPAI ÉS A MAGYAR JOGBAN¹

GYULAI-SCHMIDT Andrea
egyetemi docens (PPKE JÁK)

1. Bevezetés

A szolgáltatási koncesszió olyan szolgáltatás-megrendelés, amelyet – speciális konstrukcióban – gyakran a köz érdekében fejtenek ki az ajánlatkérők. A tevékenységi körök szerteágazóak. Bizonyos szerződési feltételek fennállta esetén ide tartoznak: az ivóvíz-, szennyvíz, hulladékgazdálkodás, mentőszolgálat, a telekommunikációs, pénzügyi és egyéb szolgáltatások, a közlekedés, az adatfeldolgozás, a kutatás-fejlesztés, a reklám, a könyvkiadás, oktatási szolgáltatások, valamint az egészségügyi és más szociális szolgáltatások körében megkötött szerződések.²

Szolgáltatási koncesszióban megvalósuló állami célok nem fedik le ugyan teljesen az európai jogi értelemben használatos általános (gazdasági) érdekű szolgáltatások (ÁGÉSZ) körét,³ azonban a szolgáltatási koncesszió az állami gondoskodás terén te-

¹ A tanulmány a Pázmány Péter Katolikus Egyetem TÁMOP-4.2.1.B-11/2/KMR-2011-0002. sz. projektje (A tudományos kutatások kibontakoztatása a PPKE-n) keretében jelent meg, a 2012. május 11-én megtartott Joggazdaságtani konferencia azonos című előadása alapján.

² Mitteilung der Kommission, Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“ Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement Brüssel, den 20.11.2007, KOM(2007) 725 endgültig, 6. skk.; Lásd a kapcsolódó hatáskör-megosztási dilemmákat, Andrea GYULAI-SCHMIDT: Die Zukunft des Vergaberechts als Bestandteil der europäischen Binnenmarktpolitik. In: Wolf SCHÄFER – Andreas GRAF WASS VON CZEGE (Hrsg.): *Aktuelle Probleme der europäischen Integration*. (Schriftenreihe des Europa-Kollegs Hamburg zur Integrations, Bd. 67.), Baden-Baden, Nomos, 2012. 155. skk.

³ Vö. Roderic ORTNER: *Dienstleistungskonzessionen und kein Ende. Teil 1 (Einführung)*. 12. 10. 2010., <http://www.vergabeblog.de/2010-10-12/dienstleistungskonzessionen-und-kein-ende-teil-1-einfuehrung/>, [a továbbiakban: ORTNER (2010a)]; lásd az ÁGÉSZ fogalmáról bővebben GALAMB Zsófia – KÁNYÁSI Zsófia: Az általános gazdasági érdekű szolgáltatások működtetésével megbízott vállalkozásoknak közszolgáltatásért járó ellentételezés formájában megítélt állami támogatások. *Állami Támogatások Joga*, 5., (2010/1) 80. skk.

kintélyes gazdasági jelentőségre tett szert. Az Európai Bizottság 2006-os adatai is azt igazolják, hogy a köz- és magánszféra között megkötött partnerségi megállapodások 60%-a (ca. 118 milliárd euró) ebben a konstrukcióban valósul meg.⁴

Annak ellenére, hogy a koncessziós beszerzési tárgyak gyakran jelentős értéket képviselnek, csupán az építési koncesszió tartozik a közbeszerzési irányelvek hatálya alá. Ezzel szemben a szolgáltatási koncesszió jogharmonizációja másodlagos európai jogforrások hiányában pusztán primerjogi alapokon nyugszik. Az e téren kialakult jogbizonytalanságot az Európai Unió Bíróságának (a továbbiakban: EUB) gyakorlata az elmúlt években enyhítette ugyan, de nem számolta föl.

Vita tárgyát képezi az Európai Unió és tagállamai között, hogy kielégítőek-e az EUB által felállított garanciák és korlátok.⁵ Az Európai Bizottság arra az álláspontra helyezkedett, hogy megérett az idő a szolgáltatási koncesszió irányelvi szabályozására, amely az eddigiekben – jellemzően magas becsült értéke és határokon átnyúló relevanciája ellenére – a tagállamok ellenállása miatt meghúszult.⁶

2. A szolgáltatási koncesszió Európai Unió szabályozása

2.1. Irányelvi szabályozás

A 2004/17/EK irányelv⁷ és a 2004/18/EK irányelv⁸ számos koordinációs szabályt fogalmaz meg az uniós értékhatárok feletti közbeszerzési eljárások összehangolására. A tagállamoknak ezeket a közbeszerzési folyamatokat részben lefedő eljárásokat át kell ültetniük saját nemzeti jogukba. Az állami források leghatékonyabb felhasználása érdekében harmonizálni kell a közbeszerzés rendszerét mind jogi, mind intézményi szempontból.

Az Európai Unió vonatkozó irányelvi négy közbeszerzés-köteles beszerzési tárgyat szabályoznak: az árubeszerzést, a szolgáltatás-megrendelést, az építési beruházást és az építési koncessziót. A szolgáltatási koncesszió ezzel szemben csupán a fogalom-meghatározások körében jelenik meg.

Az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló 2004/18/EK irányelv 1. cikk (3) bekezdése az építési koncesszióra, míg a (4) bekezdés a szol-

⁴ Vö. Mark SCHRÖRS: EU will mehr Konkurrenz beim Müll. *Financial Times Deutschland*, 2011. 09. 12.

⁵ Vö. Ulla LÖTZER: *Nein zur EU-Dienstleistungskonzession – Rede zu Protokoll im Deutschen Bundestag* – 2012. 03. 29., http://www.ulla-loetzer.de/article/594.nein_zur_eu_dienstleistungskonzession.html.

⁶ Vö. Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Zusammenfassung der Folgenabschätzung, Begleitunterlage zum / zur Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endgültig, Brüssel, den 20.12.2011.

⁷ Az Európai Parlament és a Tanács 2004/17/EK irányelve a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról (2004. március 31.), EUHL L 134., 2004.4.30., 1.

⁸ Az Európai Parlament és a Tanács 2004/18/EK irányelve az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról (2004. március 31.), EUHL L 134., 2004.4.30., 114.

gáltatási koncesszióra vonatkozik. Az irányelv szerint „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.” A közszolgáltatókra vonatkozó 2004/17/EK 1. cikk (3) bekezdés a) és b) pontja ezzel megegyezően definiálja a fogalmat.⁹

Az irányelvi szabályozásból következik, hogy a szolgáltatás nyújtására irányuló közbeszerzési szerződés és a szolgáltatási koncesszió azonos típusú beszerzési tárgynak minősülnek. Elhatárolásuk alapvetően az ellenszolgáltatás tartalma, jellege alapján történik. Koncesszió esetén az ajánlatkérő az ellenszolgáltatást nem pénzben, hanem a szolgáltatás hasznosítási jogának az átengedésével nyújtja. Kiegészítő jelleggel járhat esetleg pénzbeli ellenszolgáltatás is.

Az irányelvek a szolgáltatási koncessziót csupán definiálják, de hatályuk nem terjed ki rá.¹⁰ A Bizottság ugyan a szolgáltatási koncessziót klasszikus ajánlatkérőkre már a Tanács 92/50/EGK irányelvében is kiterjesztette volna, de a tagállamok felkészületlenségére hivatkozva a végső szövegből kihagyták a vitatott szabályokat.¹¹ A szolgáltatási koncesszió európai megítélése – a tagállamok máig ható ellenállása miatt – az értékhatárok alatti beszerzésekhez hasonlítható, amelyekre az Európai Bizottság 2006-os értelmező közleménye szerint az európai primerjog, illetve a belső piac jogának szabályai értelemszerűen alkalmazandóak.¹²

2.2. Primerjogi háttér

A Lisszaboni Szerződés¹³ sem a szolgáltatási koncessziót, sem az állami gondoskodás körébe tartozó szerződéseket¹⁴ nem említi kifejezetten. Ennek ellenére megállapítható, hogy a primerjogban is szabályozott általános érdekű szolgáltatások nagy része szolgáltatási koncesszióban valósulnak meg. A fennmaradó esetek vagy kizá-

⁹ Lásd a 2004/17/EK irányelv 1. cikkének fogalom-meghatározásait: „(3) a) „Építési koncesszió”: az építési beruházásra irányuló 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; b) „szolgáltatási koncesszió”: a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződéssel azonos típusú szerződés, kivéve azt a jellemzőjét, hogy a szolgáltatás ellenszolgáltatása vagy kizárólag a szolgáltatás hasznosításának joga, vagy e jog pénzbeli ellenszolgáltatással együtt.”

¹⁰ A klasszikus ajánlatkérőkre vonatkozó 2004/18/EK irányelv 17. cikke, valamint a közszolgáltatókra vonatkozó 2004/17/EK irányelv 18. cikke alapján a szolgáltatási koncesszió nem tartozik a vonatkozó közbeszerzési irányelvek hatálya alá.

¹¹ Lásd bővebben, MOCsÁRI-GÁL Krisztina: A szolgáltatási koncesszió az Európai Unió Bíróságának esetjogában. In: TÁTRAI Tünde (szerk): *Raabe: A közbeszerzés gyakorlata*. Budapest, 2011.

¹² A Bizottság értelmező közleménye a közbeszerzési szerződésekről szóló irányelvek által nem, vagy csak részben szabályozott közbeszerzési eljárásokra alkalmazandó közösségi jogról (EUHL 2006/C 179/02).

¹³ Lisszaboni Szerződés az Európai Unióról szóló szerződés és az Európai Közösséget létrehozó szerződés módosításáról, amelyet Lisszabonban, 2007. december 13-án irtak alá (EUHL 2007/C 306/01).

¹⁴ Németül: Daseinsvorsorge.

rólágosan nemzeti hatáskörbe tartoznak, vagy *in-house* tényállásként – a privátszféra bevonása nélkül – realizálódhatnak.¹⁵ Utóbbi eseteket e tanulmány nem vizsgálja.

Az EUMSZ 14. cikke a 26. jegyzőkönyvvel összefüggésben kimondja¹⁶, hogy a szubszidiaritás elvére figyelemmel az Unió és a tagállamok saját hatáskörükben és a Szerződések alkalmazási körén belül gondoskodnak arról, hogy az általános érdekű szolgáltatások olyan – különösen gazdasági és pénzügyi – elvek alapján és feltételek mellett működjenek, amelyek lehetővé teszik rendeltetésük teljesítését. Ezeket az elveket és feltételeket, a tagállamok arra vonatkozó hatáskörének sérelme nélkül, rendez jogalkotási eljárás keretében elfogadott rendeletekben az Európai Parlament és a Tanács állapítja meg. A 26. jegyzőkönyv továbbá világossá teszi, hogy az általános érdekű szolgáltatások gazdasági (ÁGÉSZ) és nem gazdasági (ÁÉSZ) karakterűek lehetnek. Az általános gazdasági érdekű szolgáltatásokra (ÁGÉSZ) vonatkozik az uniós jog. Ezzel szemben a szűk értelemben vett ÁÉSZ esetköre, amely kizárólag az állami hatalomgyakorlással függ össze, az egységes belső piac szempontjából nem releváns. A nem gazdasági jellegű ÁÉSZ tehát kizárólagosan tagállami hatáskörben marad. Sem az Európai Unió közbeszerzési irányelvei, sem az alapszerződések nem vonatkoznak rá.

A szolgáltatási koncesszióban megvalósuló közfeladatokat a Bizottság jellemzően az ÁGÉSZ esetkörébe vonja, amely magában foglalja a primerjog alkalmazását.

Itt utalok arra, hogy az ÁÉSZ esetköreinek ÁGÉSZ-től való elhatárolása számos területen vitatott. A szubszidiaritás elvét érintő komoly ellentétek feszülnek a tagállamok és az Európai Bizottság álláspontja között. Példaként említhető az ivóvíz – szennyvíz, vagy más szociális szolgáltatások, továbbá az egyes privatizációba bevont általános érdekű szolgáltatások köre, amelyeket az Európai Bizottság gazdasági jellegű szolgáltatásként definiálva bevonná az uniós versenyjogi szabályok hatálya alá és ezzel közbeszerzés-köteles tevékenységekké minősítené azokat.¹⁷ További részletek ismertetése jelen dolgozat kereteit szétfeszítené, ezért bővebb kifejtésük helyett csak utalok az Európai Bizottság 2007-es közleményére, amely összefoglalja az Európai Bíróság addigi gyakorlatát és kijelöli a határokat a gazdasági és a nem gazdasági jellegű általános érdekű szolgáltatások között.¹⁸

¹⁵ Vö. Karsten HARDRAHT: *In-House-Geschäfte und europäisches Recht*. Berlin, Duncker & Humblot, 2006. 17. skk.; Christian KÜMMRITZ: *Privatisierung öffentlicher Unternehmen: Ausschreibungspflichten bei der Veräußerung staatlicher Anteilvermögens nach dem europäischen Vergabe- und Beihilfenrecht*. Hamburg, Igel Verlag, 2009. 25. skk.

¹⁶ Lásd az Európai Unió Működéséről szóló Szerződés egységes szerkezetbe foglalt változatát (EUHL 2010/C 83/49) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:hu:PDF>.

¹⁷ Vö. Sarah Luzia HASSEL-REUSING: *Der „Gewährleistungsstaat“ von Lissabon – ein verfassungsfeindlicher Staatsformwechsel.*, (24.11.2009); GYULAI-SCHMIDT (2012) i. m. 156. sk. <http://www.radio-utopie.de/2009/11/24/der-%E2%80%9Cgewahrleistungsstaat%E2%80%9D-von-lissabon-%E2%80%93-ein-verfassungsfeindlicher-staatsformwechsel/>; GYULAI-SCHMIDT (2012) i. m. 155. skk.

¹⁸ A Bizottság közleménye az Európai Parlamentnek, a Tanácsnak, az Európai Gazdasági és Szociális Bizottságnak és a Régiók Bizottságának, Az „Egységes piac a 21. századi Európa számára” című közleményt kísérő dokumentum, Általános érdekű szolgáltatások, beleértve az általános érdekű szociális

2.3. Az irányelvek által nem érintett beszerzésekre alkalmazandó jog

Az irányelvek által nem érintett értékhatárok alatti beszerzések és a szolgáltatási koncesszió esetköre kimaradt a tagállamok jogharmonizációs feladatainak köréből. A szolgáltatási koncesszióról nem mondható el általánosságban, hogy bagatell jellege miatt nem szabályozzák az irányelvek, hiszen az gyakran hosszú távú, nagyobb gazdasági értéket képviselő és országhatáron túli érdeklődést kiváltó beszerzéseket is magában foglal.

Az Unió értékhatár alatti és más irányelvek által nem szabályozott beszerzések számarányuknál és összvolumenüknél fogva is kiemelkedő fontosságúak a tagállamokban. A német és magyar statisztikai adatok azt mutatják, hogy a klasszikus ajánlatkérők közösségi szinten lefolytatott eljárásai 10% alatt maradnak. A Statistisches Bundesamt szerint a Németországban megvalósult határokat átlépő beszerzések 3%-ra tehetőek¹⁹. A magánszektorban a külföldi beszerzések Európa-szerte 20% körül vannak. Egyértelmű, hogy a súlypont az irányelvek hatályán kívül eső beszerzések felé tolódik el²⁰. Ezért a stabil és hatékony közbeszerzési rendszer megeremtéséhez nélkülözhetetlen a nemzeti közbeszerzési politika, illetve az értékhatár alatti és más az irányelvek hatálya alá nem tartozó beszerzésekre vonatkozó jogszabályok eredményes kidolgozása. Ezt a gyakorlatot követi több tagállam mellett Magyarország is, ahol klasszikus ajánlatkérők számára nemzeti eljárásrendben 25 millió Ft. értékhatár felett kötelező a nemzeti közbeszerzési szabályok alkalmazása²¹.

Van olyan tagállam, például Németország, ahol a szolgáltatási koncesszióra vonatkozó irányelvi szabályozás hiányát a nemzeti jog sem pótolja. Ez az európai jogi szempontból jogszerű megoldás számos ajánlatkérőt arra sarkall, hogy megpróbálja a szolgáltatás-megrendeléseket koncesszionálni. Menekülő útvonalként alkalmazták ezt a megoldást, hiszen a szolgáltatás-megrendelések hátterében közbeszerzési irányelvek állnak szigorú részletszabályokkal, míg a szolgáltatási koncesszió kivételi körbe tartozik²².

Az EUB utóbbi években kifejtett jogfejlesztő gyakorlata megmutatta, hogy ha a tagállami jogalkotó nem gondoskodik megfelelő nemzeti szabályozás kialakításáról, akkor sem kerül a szolgáltatási koncessziók odaítélése 'jogüres' térbe. Amennyiben az ajánlatkérő a versenyjogi illetve az egységes belső piac jogából levezethető alapelveket figyelmen kívül hagyja, kockáztatja megkötött szerződése utólagos érvénytelenné nyilvánítását.

szolgáltatásokat: új európai kötelezettségvállalás, Brüsszel, 20.11.2007, COM(2007) 724 végleges, 4. skk.

¹⁹ Lásd a 2006. év átfogó statisztikai adatait, <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/Publikationen/Technologie-und-Innovationen/impulse-innovationen-oeffentlichen-beschaffungswesen.property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

²⁰ Vö. Rudolf WEYAND: *Praxiskommentar Vergaberecht*. 2. Aufl. 2007. Stand: 16.01.2009., Rz. 87.; GYULAI-SCHMIDT (2012) i. m. 134.

²¹ Lásd bővebben a tanulmány 4.1. pontját a magyar szabályozás rövid bemutatásáról.

²² Lásd fent a 10. lábjegyzetet.

A probléma integrációs szempontból megnyugtató rendezése érdekében az EUB az elmúlt években számos kiemelkedő ítéletet hozott, amelyek a szolgáltatási koncesszió fogalmát és a rá vonatkozó közösségi jog tartalmát az egységes belső piac jogából levezethető közbeszerzési alapelvek fényében értelmezik.

3. Az Európai Bíróság és az Európai Bizottság jogértelmező tevékenysége

A szolgáltatási koncesszió európai jogi megítélése az elmúlt évek egyik leggyakrabban vitatott közbeszerzési jogi kérdései közé tartozott. Tisztázásra várt a szolgáltatási koncesszió fogalmi elhatárolása a szolgáltatások megrendelésétől, valamint, hogy mely konkrét ajánlatkérői kötelezettségek vezethetők le a primerjogi alapelvekből, például a szükséges mértékű transzparencia megvalósítása érdekében.

3.1. A szolgáltatási koncesszió elhatárolása a szolgáltatásoktól

3.1.1. Előzmények

Az Európai Bizottság 2000-ben kiadott 2000/C 121/02. számú koncessziókról szóló értelmező közleménye²³ összefoglalta az Európai Bíróság addigi esetjogát. Ismertette a szolgáltatás megrendelése és a szolgáltatási koncesszió közötti főbb elhatárolási szempontokat, amelyek szerint:

- szolgáltatási koncesszió esetén az ajánlatkérő ellenszolgáltatásként átengedi a hasznosítás jogát a koncesszió jogosultjának;
- a hasznosítás jogának átengedésével együtt átadja a működtetés felelősségét, valamint a gazdasági kockázatot;
- a hasznosítási jog mellett nyújtott pénzbeli ellenszolgáltatás járulékos jellegű;
- a szolgáltatás használójától beszedett díj a koncesszió jogosultját illeti meg és ez a bevétel az ellenszolgáltatás részét képezi.

A Bizottság közleménye kiemelten foglalkozik a hasznosítás jogának átengedésével együtt járó működtetési felelősség, valamint a gazdasági kockázat átvállalásának szempontjával. Ezen túlmenően hangsúlyozza, hogy a koncesszió jogosultját nem a koncesszió adó (ajánlatkérő), hanem a szolgáltatás használói a beszedett díj formájában fizetik ki.

A 2000-ben kiadott értelmező közleményt a Bizottság zöld könyve követte 2004-ben.²⁴ A dokumentum a közbeszerzési szerződésekre és a koncessziókra vonatkozó közösségi joggal foglalkozik, és máig ható társadalmi-szakmai konzultációk sorát indította el a koncessziók uniós szabályozásának szükségességét és annak piaci hatásait illetően.²⁵

²³ EUHL C 121., 2000.04.29., 2.

²⁴ Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions (presented by the Commission) Brussels, 30.4.2004, COM(2004) 327 final.

²⁵ Lásd a Bizottság későbbi közleményeit: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Re-

A Bizottság értelmű közleményeivel irányt mutat jogalkotási felhatalmazottság nélkül. A közleményeknek – az EUB határozataitól eltérően – kötelező jogi erőt nem tulajdoníthatunk (soft law). Ezért irányelvi szabályozás hiányában a szolgáltatási koncesszió európai jogi megértéséhez elengedhetetlen az EUB gyakorlatának áttekintése.

Az *Acoset SpA* ügyben az EUB kifejtette, hogy a szolgáltatási koncesszió szolgáltatásoktól való elhatárolása tekintetében kizárólag az Európai Unió joga irányadó.²⁶

Az Európai Bíróság gyakorlata alapján a szolgáltatási koncesszió három feltétel együttes érvényesülése esetén úgy határozható meg, hogy egyrészt az ajánlatkérő megbízza a koncessziós jog jogosultját egy meghatározott szolgáltatás elvégzésére, másrészt a jogosult koncessziós díj fizetése ellenében kifejti az adott tevékenységet és végül a jogosult minden esetben viseli az üzleti kockázatot.

A fentiekből következően a szolgáltatási koncesszió két vonatkozásban különbözik más szolgáltatások megrendelésétől. Először is abban, hogy az ajánlatkérő egyéb beszerzései során árukat, szolgáltatásokat vásárol a nyertes ajánlattevőtől, amelyekért szerződő partnerének közvetlenül ellenértéket fizet. Ezzel ellentétben szolgáltatási koncessziónál szerepcseré történik. A hasznosítás jogának átengedéseért cserébe koncesszióevő fizeti az ellenértéket a koncessziós jog átadójának, aki szerződő partnerét arra hatalmazza fel, hogy szolgáltatását igénybe vevő harmadik személyektől szedje be a neki járó díjat. Kivételesen, és a tiltott állami támogatások szabályaira is figyelemmel, ÁGÉSZ megvalósítása esetén az is előfordulhat, hogy a koncessziós jogok átadója kiegészítő díjat fizet, vagy más jogokat (például kapcsolódó reklámfelület hasznosítása²⁷) ad át a szolgáltatási koncesszió megvalósításáért.

A fogalmak elhatárolása szempontjából a másik fontos különbség, hogy míg szolgáltatás-megrendelésnél a nyertes ajánlattevő szerződésszerű teljesítésért cserében számíthat az ellenérték ajánlatkérő általi megfizetésére, addig a szolgáltatási koncessziós konstrukcióban a működtetés felelősségét, valamint a gazdasági kockázat meghatározó részét koncesszióevő viseli. Ez azzal indokolható, hogy a szerződés odaítélése során koncesszióevő könnyített közbeszerzési és versenyszabályok betartása mellett jut megbízásához. Az előnyösebb versenyfeltételek ára a szerződéses rizikó áterhelése.

Az utóbbi évek közbeszerzési gyakorlatában a definíció további pontosítása vált szükségessé, mert a tagállamok ajánlatkérői főképpen a kockázátvállalás sajátos értelmezésével próbálták a szolgáltatási koncesszió tárgyi feltételeinek fennállta esetén a szolgáltatás-megrendeléseket koncesszióvá minősíteni. Utóbbi konstrukció a sokkal enyhébb jogi kontroll miatt, a definíció körül kialakult jogbizonytalanság ellenére is, vonzó maradt.

gions on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Procurement and Concessions, Brussels, 15.11.2005, COM(2005) 569 final; Commission Interpretative Communication on the application of Community law on Public Procurement and Concessions to Institutionalised Public-Private Partnerships (IPPP), Brussels, 05.02.2008, C(2007)6661.

²⁶ C-196/08. számú *Acoset SpA*-ügyben 2009.10.15-én hozott ítélet 38. pontja.

²⁷ C-91/08. számú *Wall AG kontra Stadt Frankfurt am Main, Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*-ügyben 2010. 04.13-án hozott ítélet (EUHL 2010, I-0000).

Az EUB eddigi gyakorlata a gazdaság számos területére kiterjesztette az elhatárolás kritériumait. Az adott témában meghatározó ítéletek születtek az ivóvíz- és szennyvízgyártás²⁸, a hulladékhasznosítás²⁹, a mentőszolgálatok³⁰ és legutóbb a közlekedés területén³¹.

3.1.2. Az elhatárolás két szempontja az Eurawasser-ítélet alapján³²

Az eljárás alapjául szolgáló ügyben formális kiírás mellőzésével, a verseny korlátozásával újabb 20 évre szóló koncessziós szerződést kötöttek. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft GmbH megtámadta az eljárást, amelyet álláspontja szerint az irányelvek hatálya alatt mint szolgáltatás-megrendelést kellett volna lefolytatni. Ezzel szemben az EUB 2009-ben meghozott ítéletében megállapította, hogy az önkormányzati társulás (Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden) ivóvízellátás és szennyvízelvezetés tárgyában harmadik személlyel megkötött koncessziós szerződése a kialakított feltételek szellemében fennmaradhat.³³

A Bíróság a szolgáltatási koncesszió szolgáltatásoktól való elhatárolása tekintetében az ellenszolgáltatás megfizetésének módját, majd a kockázatviselés terjedelmét vizsgálta. Megállapította, hogy az alapügyben a koncesszióevő közvetlenül szolgáltatása igénybe vevőitől, az ügyfelektől, illetve a lakossági felhasználóktól szedte be a vízdíjat. Ez megfelel a koncessziós konstrukciónak, amelyben az ellenérték a hasznosítási jog maga. A Ajánlatkérő a koncessziós tevékenység kifejtéséért cserében nem tartozik ellenszolgáltatást fizetni.³⁴

Az *Eurawasser*-ügyben az EUB egyúttal a szolgáltatás kifejtéséhez kapcsolódó kockázatviselés problémájával is foglalkozott. Szolgáltatási koncesszió esetén koncesszióevő teljes egészében, vagy legalább jelentős részben egyedül viseli

²⁸ Lásd a tanulmány 3.1.2. pontját.

²⁹ C-382/05. számú *Bizottság kontra Olaszország*-ügyen 2007.07.18-án hozott ítélet.

³⁰ Lásd alul a tanulmány 3.1.3. pontját.

³¹ Lásd a C-348/10 számú *Norma-A SIA und Dekom SIA*-ügyben 2011.11.10-én hozott ítéletet, (EBHT 2012, I-0000).

³² C-206/08 számú *Eurawasser*-ügyben 2009.09.10-én hozott ítélet, (EBHT 2009, I-8377) ivóvízellátás és szennyvízelvezetés tárgyában.

³³ Lásd bővebben a tényállást és az ítélet magyarázatát Birgit ORTLIEB: *Urteil des EuGH zum Umfang der Risikoverteilung für die Qualifikation als Dienstleistungskonzession (EuGH C-206/08)*. http://www.ewerk.hu-berlin.de/Ewerk/Rechtsprechung/Umfang_der_Risikoverteilung_f%C3%BCr_die_Qualifikation_als_Dienstleistungskonzession 24.11.2009.

³⁴ Az EUB az ellenszolgáltatás megfizetési módjára tekintettel, azaz harmadik személyektől származó közvetlen teljesítés miatt, szolgáltatási koncesszióként ismerte el a nyilvános parkoló (C-458/03. számú *Parking Brixen kontra Gemeinde Brixen*-ügyben 2005.10.13-án hozott ítélet, EUHL 2005, I-8585. 40. pontja), a kábeltévé-hálózat (C-324/07. számú *Coditel Brabant*-ügyben 2008.11.13-án hozott ítélet, EUHL 2008, I-8457. 24. pontja) és a tömegközlekedési szolgáltatás (C-410/04. számú *ANAV kontra Comune di Bari*-ügyben 2006.04.06-án hozott ítélet, EUHL 2006, I-3303, 16. pontja) nyújtását.

a teljesítéssel járó gazdasági kockázatot. Ezzel ellentétben szolgáltatás-megrendelés-nél ajánlatkérőre terhelődik a kockázat nagyobb része.

A teljes gazdasági kockázat átvállalása és annak megállapítása egyértelműnek tűnik. Jogbizonytalanságot okoz azonban a részleges kockázatvállalás terjedelmének értelmezése. A tárgyalat jogesettel összefüggésben felvetődött annak a lehetősége, hogy az ivóvíz-, szennyvíz- vagy energiagazdálkodás körében a felhasználók szolgáltatás igénybevételére irányuló rászorultsága kizárja a nyertes ajánlattevő magasabb gazdasági kockázatát. Ezért az irányelvek hatálya alá tartozó szolgáltatásként kellene minősíteni a beszerzést.

Az EUB ezzel szemben kimondta, hogy az adott ágazatban, különös tekintettel a közérdekű cél megvalósítására, a jelentősen korlátozott kockázat teljeskörű vagy annak meghatározó mértékben történő átvállalása is elegendő a koncesszió szabályainak alkalmazásához. Ez a megfogalmazás nem egyszerűsíti a problémát, hiszen a *jelentősen korlátozott kockázat meghatározó mértéke* szűkebb a *jelentős mértékű kockázat* viselésének fogalmánál.

Az EUB víz- és energiagazdálkodás körében alapítéletet hozott, amely egyfelől erősíti az önkormányzatok szubszidiaritás elvére alapított, állami gondoskodás körében kivívott pozícióját, másfelől tovább nehezíti a jogalkalmazást, hiszen a gazdasági kockázat fogalmát és terjedelmét pontosítás helyett tovább relativizálta³⁵. Ebből adódóan minden ügyben külön kell vizsgálni a kockázatot növelő és csökkentő tényezőket, például: koncesszióevő privátautonómiájának szűkítését, harmadik személyek által fizetett használati díj rögzítését, ajánlatkérő által kiegészítő pénzüsszeg fizetését vagy egyéb piaci sajátosságokat.³⁶

Az EUB az *Eurawasser*-ügyben megállapítja a szolgáltatási koncesszió fennálltát, ezzel szemben az *AOK*-ügyben³⁷ a törvényes betégbiztosító gazdasági kockázatát csekélynek ítéli, mert a biztosító a bevételkiesést végső soron megkapja az államtól (68–76. pontok). Ebből az következik, hogy a törvényes betégbiztosító közbeszerzési jogalany, aminek szolgáltatása és ennek érdekében megkötött keretmegállapodások odaítélése az európai irányelvek értelmében közbeszerzés-köteles tevékenységnek minősül.

3.1.3. A mentőszolgáltatokra vonatkozó ítéletek

A mentőszolgáltatokra vonatkozó németországi jogesetekben az EUB két meghatározó ítéletet hozott. Érdekeségük, hogy a szolgáltatási koncesszió fogalmának értel-

³⁵ Vö. ORTNER (2010a) i. m.; Roderick ORTNER: *Gastbeitrag: Neues EuGH-Urteil zur Dienstleistungskonzession* (9.11.2009), www.vergabeblog.de.

³⁶ Lásd részletesebben Roderic ORTNER: *Dienstleistungskonzessionen und kein Ende. Teil 2: Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag* (19.12.2010). <http://www.vergabeblog.de/2010-12-19/dienstleistungskonzession-und-kein-ende-teil-2-abgrenzung-zum-offentlichen-auftrag/>; Mathias MANTLER: *EuGH zur Abgrenzung von Dienstleistungsaufträgen zu -konzessionen im Verkehrsbereich (ÖPNV) – Urteil v. 10.11.2011, Rs. C-348/10*, (05.03.2012). www.vergabeblog.de.

³⁷ C-300/07 számú *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik kontra AOK Rheinland/Hamburg*-ügyben 2009.06.11-én hozott ítélet (EBHT 2009, I-4779).

mezése során ugyanazon tevékenységi kör besorolására ellentétes válaszokat adott. A német gyakorlat két modellben valósítja meg a mentőszolgáltatást. Az ún. ajánlattételi modellben (Submissionsmodell) a szolgáltatás ellenértékét közvetlenül ajánlatkérő téríti meg, míg a koncessziós modell (Konzessionsmodell) szerint a szolgáltató a betegektől, vagy a megbiztosítótól kapja meg tevékenysége ellenértékét.

A *Bizottság kontra Németország*-ügyben a Bizottság négy német tartomány (Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt und Freistaat Sachsen) mentési közszolgáltatására irányuló, ajánlattételi modellben megvalósítandó, koncessziós beszerzéseit támadta meg.³⁸ A sok évre szóló, egyenként több millió euró volumenű szerződéseket a közbeszerzési eljárás előzetes és az eredmény utólagos közzététele nélkül ítélték oda. Ez a Bizottság álláspontja szerint a klasszikus ajánlatkérőkre vonatkozó 2004/18/EG irányelvbe ütközik.

Az EUB 2010. 04. 29-én meghozott ítéletében megállapította, hogy az ajánlattételi modellben megvalósított mentőszolgáltatás időszakos vagy tartós kifejtése nem minősül a közhatalom gyakorlásával összefüggő tevékenységnek. A kékfény használata és a közlekedésben biztosított egyéb előnyök, illetve a közegészség védelmére, vagy az általános érdekű szolgáltatásra való hivatkozás sem győzte meg erről az állásponttól az EUB-t. Ezért az EUMSZ 51. és 62. cikkei, valamint a 26-os Protokoll szerinti kivétel sem alkalmazhatóak az adott beszerzésekre.

Az EUB döntését azzal indokolta, hogy Németország sem a mentőszolgáltatás ÁÉSZ jellegét, sem pedig az ajánlattételi modellben megvalósuló szolgáltatások megfelelő mértékű gazdasági kockázatát nem támasztotta kellőképpen alá. Ezért az ajánlattételi modellben kifejtett mentőszolgáltatás az irányelvek hatálya alá tartozó közbeszerzés-köteles szolgáltatás-megrendelésnek minősül.³⁹

Az EUB a felek által hiányosan feltárt tényállásra hivatkozva nem foglalt részletesebben állást a gazdasági kockázat terjedelmét illetően és arról sem, hogy a koncessziós konstrukcióban milyen közzétételi vagy más jogi kötelezettsége lett volna ajánlatkérőnek. A nyitott kérdések tisztázására nem kellett sokat várni, hiszen az Oberlandesgericht (OLG) München a bajor mentőszolgálatok ügyét⁴⁰ 2009.09.20-án előzetes döntéshozatalra az EUB elé terjesztette. Vizsgálat tárgyát képezte, hogy a koncessziós modellben megvalósuló mentőszolgáltatásra – a korábbi ítélet fényében – szintén alkalmazandóak-e a közbeszerzési irányelvek vagy nem.

Az OLG München abból indult ki, hogy az EUB korábban ismertetett ítéletét ki-terjesztően kell értelmezni arra az estre is, ha a koncessziós modellben teljesített szolgáltatás ellenértékét közvetlenül a használók, azaz a betegek és a megbiztosítók fizetik meg. Ezzel szemben az EUB kifejtette, hogy a fizetés módjának kritériuma,

³⁸ C-160/08 számú *Europäische Kommission kontra Bundesrepublik Deutschland*-ügyben 2010.04.29-én hozott ítélet.

³⁹ Vö. Martin OTT: *EuGH: Der öffentliche Rettungsdienst unterfällt grundsätzlich dem Vergaberecht.* (17.10.2010) <http://www.vergabeblog.de/2010-10-17/der-offentliche-rettungsdienst-unterfaellt-grundsatzlich-dem-vergaberecht-eugh-urteil-v-29-04-2010-rs-c-16008/>.

⁴⁰ Koncessziós modell szerint működik még a mentőszolgálat Baden-Württemberg és Hessen tartományokban is.

amely jelen ügyben eltér az ajánlattételi modelltől, meghatározó a jogi minősítés szempontjából. Ezért a szerződés odaítélése – megfelelő kockázatátvállalás esetén – kivételi körbe tartozik.⁴¹

Az *Eurawasser*-ügyhöz hasonlóan az EUB számára itt is elegendő volt a rendszeres kiegészítő juttatások és versenykorlátozó elemek ellenére, a szolgáltató részéről átvállalt jelentősen korlátozott kockázat,⁴² amelynek következtében a mentőszolgáltatás koncessziós modellben szolgáltatási koncesszióként minősül. Kategorikus megállapítások helyett figyelemmel kell lennünk azonban arra, hogy a kockázatátvállalás terjedelmére vonatkozóan az EUB ebben az ügyben is tartózkodott konkrétabb támpontok megjelölésétől. Továbbra is fennmarad a tényállások egyedi körülményeinek vizsgálatán keresztül az ajánlatkérő szabad és egyben felelős mérlegelési kötelezettsége a tényállások európai jognak megfelelő minősítésére.

3.2. A szolgáltatási koncesszióra irányadó jogharmonizációs követelmények

Irányelvi szabályozás hiányában felvetődik a kérdés, hogy fennáll-e a szolgáltatási koncesszió tagállami szabályozására egyéb jogharmonizációs kötelezettség, vagy ennek hiányában van-e az ajánlatkérő odaítélési eljárására irányadó uniós jog. Igenlő válasz esetén az alkalmazandó jog forrása, valamint az ajánlatkérőre háruló kötelezettségek tartalma és terjedelme is feltárandó.

3.2.1. Primerjogi alapelvek

Az EUB joggyakorlata szerint a közbeszerzési irányelvek hatályán kívül eső szolgáltatási koncesszióra közvetlenül alkalmazandóak az európai elsődleges jogforrások, ezen belül az EUMSZ egységes belső piacra vonatkozó szabályai, feltéve, hogy a konkrét eljárás belső piaci relevanciája egyértelműen megállapítható. Ebből az is következik, hogy a konkrét beszerzések során akkor is érvényre kell juttatni az uniós közbeszerzési jog primerjogból levezethető alapelveit, ha a tagállami jogalkotó mellőzi a vonatkozó belső jogi szabályozás elfogadását.⁴³

A közbeszerzési jog három legfontosabb alapelve: a verseny tisztasága, az esélyegyenlőség és a nyilvánosság elve, amelyek levezethetőek az EUMSZ 18. cikkében foglalt állampolgárság alapján történő hátrányos megkülönböztetés tilalmából, a 49. cikkben foglalt letelepedés szabadságából, az 56. cikkben foglalt szolgáltatásnyújtás szabadságából és azok korlátozásának tilalmából. Ezen túlmenően a fair versenyfel-

⁴¹ C-274/09 számú *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*-ügyben 2011.03.10-én hozott ítélet.

⁴² Vö. Martin OTT: *EuGH: Vergabe von Rettungsdienstleistungen im Konzessionsmodell ist als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren* (Urteil v. 10. März 2011 – Rs. C-274/09). (20.03.20011) <http://www.vergabeblog.de/2011-03-20/eugh-vergabe-von-rettungsdienstleistungen-im-konzessionsmodell-ist-als-dienstleistungskonzession-zu-qualifizieren-urteil-v-10-marz-2011-rs-c-27409/>.

⁴³ Lásd a fent hivatkozott C-458/03. számú *Parking Brixen*-ügyben hozott ítélet 46. pontját, és a C-573/07. számú *Sea Srl*-ügyben 2009.09.10-én hozott ítélet 38. pontját.

tételek biztosítását, és az ÁGÉSZ tekintetében szűk körben elfogadott kivételeket az EUMSZ 106. és 107. cikkei tartalmazzák.

Ennek szellemében az ajánlatkérő nem csak az állampolgárságon alapuló diszkrimináció tilalmát köteles betartani, hanem az általános diszkrimináció-tilalom alapján biztosítania kell az ajánlattevők eljárásbeli esélyegyenlőségét.⁴⁴ Kivételt csak a közérdek imperatív szabályainak arányos érvényre jutása képezhet, mint az egészség, a fogyasztó, vagy a környezet védelme. A világválság nyomán egyéb gazdaságélénkítő szempontokat is megpróbálnak a tagállamok a kivételi körbe bevonni, de az EUB joggyakorlata egyértelműen kimondja, hogy a nemzetgazdaság közbeszerzési eszközökkel való megsegítése rendszeridegen. Protekcionista elemeket rejt magában, ezért a közérdek imperatív szabályaként nem értékelhető.⁴⁵

A diszkrimináció tilalmát magában foglaló esélyegyenlőség és egyenlő bánásmód elvei szoros összefüggésben állnak az átláthatóság követelményével. A megfelelő mértékű nyilvánosság biztosítása előfeltétele annak, hogy valamennyi potenciális ajánlattevő időben értesüljön a beszerzési igényről és annak feltételeit megismerve megtehesse ajánlatát. Ha mindez szolgáltatási koncesszióra is vonatkozik, akkor a nyilvánosság kizárása révén a versenyeztetés hiánya primerjog-ellenes eredményre vezet. Ezt az álláspontot képviselte az EUB többek között a *Parking Brixen*-ügyben.⁴⁶

3.2.2. A szükséges mértékű nyilvánosság biztosítása

A nyilvánosság elvéből következik, és az irányelvek alapján nevesített kötelezettség a közbeszerzési eljárások előzetes és utólagos európai-szintű közzététele (ex-ante és ex-post transzparencia).⁴⁷

Szolgáltatási koncesszió megvalósítása esetén a piaci szereplők több mozgástérrel rendelkeznek. Közvetlen kötelezettségük ugyan nem származik a nyilvánosság követelményeinek betartására, de az EUB számos határozatában rámutatott arra, hogy az ajánlatkérők szabadsága ezen a téren sem korlátlan. A transzparenciára vonatkozó alapkötelezettséget az EUB számos ítéletében a primerjogból – pontosabban a letelepedés és a szolgáltatásnyújtás szabadságából – vezeti le.⁴⁸

A *Telaustria*-ügyben az EUB az állampolgárságon alapuló diszkrimináció tilalmával összefüggésben kimondja, hogy a verseny biztosítása érdekében a nyilvános-

⁴⁴ Lásd az alapelv részletes bemutatását a magyar jogban GYULAI-SCHMIDT Andrea: Esélyegyenlőség a közbeszerzési eljárásban. In: CSEHI Zoltán – GYULAI-SCHMIDT Andrea [Szerk.]: *Ungarisches Jahrbuch für Handelsrecht*, Bd. II. (2010) 151–208.

⁴⁵ C-388/01 számú *Italienische Museen*-ügyben 2003.01.16-án hozott ítélet, EUHL 2003, I-721, 34. pont; vö. Jürgen KÜHLING – Florian HUENERKAMP: Ausschreibungsverzicht und Europäische Grundfreiheiten – Das Vergaberecht in der (Wirtschafts-)Krise. *NWZ*, 9/2009. 558. skk.

⁴⁶ Lásd a fent hivatkozott C-458/03. számú *Parking Brixen*-ügyben hozott ítélet 47–52. pontját.

⁴⁷ Vö. Josef AICHER – Malte MÜLLER-WREDE [Hrsg.]: *Kompendium des Vergaberechts*. Bundesanzeiger Verlag, 2008. 273. skk.; Heiko HÖFLER: Transparenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. *NZBau*, 2/2010. 73. skk.

⁴⁸ Lásd az Európai Bizottság 2006-os közleménye 2.1. pontját (12. lábjegyzet).

ság bizonyos foka (ein gewisses Grad an Öffentlichkeit) szükséges, hogy az eljárások jogszerűségét utólag ellenőrizni lehessen.⁴⁹ Ezen túlmenően az ítélet nem részletezi, hogy mi volna a nyilvánosság megfelelő mértéke.

A *Coname*-ügyben a szerződések közvetlen odaitéléséről, illetve annak a letelepedés szabadságával való összeegyeztethetőségéről (EK 43. és 49. cikkei) az EUB megállapította, hogy a transzparencia teljes hiánya a belső piaci normákba ütközik. Ebből mégsem következik az irányelvek szerinti közzétételi szabályok alkalmazása. Elegendő, ha más tagállambeli érdekelt vállalkozások megfelelő információhoz juthatnak a beszerzésekről, és ez úton jelezhetik érdeklődésüket a koncessziós tevékenység kifejtésére.⁵⁰

A *Parking Brixen*-ítélet is az előzetes közzététellel foglalkozik. Megállapítja, hogy a koncessziós pályázat kiírója dönt a szolgáltatási koncesszió sajátosságainak megfelelően az arányos közzétételről.⁵¹ A közzététel teljes hiánya az esélyegyenlőséget és a belső piaci normákat (jelenleg az EUMSZ 49. és 56. cikkeit) is sértené. Közvetlen megrendelés kizárólag egy in-house tényállás esetében fogadható el.⁵²

Az *ANAV*-ügyben az EUB megismétli a *Parking Brixen*-ítélet megállapításait és a régi EK 86. cikk 1. bekezdése (jelenleg EUMSZ 106 cikk (1) bek.) alapján kifejti, hogy a nemzeti jogalkotó köteles az arányos mértékű transzparenciát a szolgáltatási koncessziók esetében is biztosítani.⁵³

A bemutatott jogesetekkel összefüggésben a jogirodalomban elterjedt az a nézet, hogy a *Coname*-ügy megállapításait alapul véve – szolgáltatási koncesszió esetén – nem áll fenn az irányelvek szellemében megkövetelt előzetes és utólagos közzétételi kötelezettség. Erre az álláspontra helyezkedett *Stix-Hackl* főtanácsnok⁵⁴ és az Európai Bizottság is a 2006-os értelmező közleményében.⁵⁵

3.2.3. A nyilvánosság tartalma

A Bizottság 2006-os értelmező közleménye 2.1. pontjában kifejtette, hogy egyértelmű belső piaci relevancia megállapíthatósága esetén mind a szolgáltatási koncesszió, mind az értékhatárok alatti beszerzések esetén indokolt az előzetes közzététel.

⁴⁹ C-324/98 számú *Telaustria und Telefonadress*-ügyben 2000.12.07-én hozott ítélet, (EBHT 2000, I-10745.) 61. pontja).

⁵⁰ C-231/03 számú *Coname*-ügyben 2005.07.21-én hozott ítélet, (EBHT 2005, I-7287).

⁵¹ Die Konzessionsstelle hat zu entscheiden, „ob die Modalitäten der Ausschreibung den Besonderheiten der betreffenden öffentlichen Dienstleistungskonzession angemessen sind“ (Rn. 50).

⁵² C-458/03 számú *Parking Brixen – Gemeinde Brixen*-ügyben 2005.10.13-án hozott ítélet, (EBHT, 2005, I-8585, 49–50. pontjai).

⁵³ C-410/04. számú *ANAV kontra Comune di Bari*-ügyben 2006.04.06-án hozott ítélet, (EUHL 2006, I-3303.).

⁵⁴ Vö. Hanna BARTH: *Das Vergaberecht außerhalb des Anwendungsbereichs der EG-Vergaberichtlinien*. Köln, Peter Lang Verlag, 2010. 66. sk.

⁵⁵ Lásd fent a 12. lábjegyzetet.

Az *egyértelmű belső piaci relevancia* megállapításának nehézségeitől eltekintve,⁵⁶ jobbizonytalanság áll fenn arra vonatkozóan, hogy elegendő-e további nemzeti szabályozás hiányában helyi lapban, illetve nemzeti szinten közzétenni a beszerzési szándékot, vagy esetleg csak utólagosan a jogorvoslat számára kinyitni a kaput. Kérdéses, hogy a megfelelő mértékű transzparencia követelménye megalapozható-e közösségi szintű közzétételt az irányelvek szellemében.

Utóbbi feltételezés a *Coname*-ügy szerint túlzó elvárás volna, mindazonáltal az Európai Bizottság a szelektív (passzív) közzétételt sem minősíti elegendőnek, amely során ajánlatkérő megpróbál valamennyi lehetséges ajánlattevőt – beleértve más tagállambeli vállalkozásokat is – értesíteni a beszerzés szándékáról, de csak zárt körben.

A Bizottság által meghatározott követelményeknek akkor felel meg ajánlatkérő, ha a szerződést annak odaítélése előtt a nyilvánosság számára hozzáférhető hirdetményben (internet, helyi média, EUHL/TED) közzéteszi. Ajánlatkérő felel a szerződés meghirdetése szempontjából legmegfelelőbb médium kiválasztásáért. A döntés során figyelembe kell vennie a szerződés jelentőségét a belső piac követelményei vonatkozásában, különösen a szerződés tárgyára és értékére, valamint az érintett ágazat bevett gyakorlatára nézve. Minél nagyobb érdeke fűződhet más tagállambeli potenciális ajánlattevőnek a szerződéshez, annál szélesebb körben kell azt meghirdetni.⁵⁷

A Bizottság 2006-os közleménye szerint a hirdetménynek az odaítélendő szerződés legfontosabb részleteit és az odaítélés módját is röviden tartalmaznia kell. Amennyiben fény derülne arra, hogy a kiválasztási szempontok, a műszaki feltételek kiírása, vagy az eljárás lefolytatása révén potenciális ajánlattevők közvetlenül vagy közvetetten hátrányos megkülönböztetést szenvedtek, a Bizottság a belső piac szabályainak megsértésére hivatkozva kötelezettségszegési eljárást indíthat az EUMSZ 258. cikke alapján. Ezzel összefüggésben figyelemreméltó az EUB 2010. 01. 21-én kelt ítélete, amely – a Bizottság indítványára – egy 13 éve fennálló bio- és növényi hulladék ártalmatlanítására irányuló szerződés újbóli kiírását rendelte el, mivel az adott szolgáltatást a szükséges nyilvánossági követelmények megsértésével ítélték oda.⁵⁸

3.2.4. Jogorvoslati problémák

Új szerződések odaítélésekor, egy meglévő szerződés megújításakor vagy lényeges módosításakor a megfelelő közzététel mellőzése sérti a verseny tisztaságát, illetve a pártatlan eljárás követelményét, ami alapvető jogorvoslati igényeket vet fel. Az EUB esetjoga alapján megállapítható, hogy a szolgáltatási koncessziók – amelyek gyakran közérdekű szolgáltatásokat valósítanak meg – közbeszerzési szempontból relevánsak. Annak ellenére, hogy nem tartoznak a 2004/17/EK és a 2004/18/EK irányelvek hatálya alá és nem vonatkoznak rájuk a közbeszerzési jogorvoslati irányelvek sem, nem élhet egyik tagállam sem azzal a kifogással, hogy jogharmonizációs kötelezett-

⁵⁶ Lásd ehhez bővebben, GYULAI-SCHMIDT (2012) i. m. 140. sk.

⁵⁷ A Bizottság 2006-os értelmező közleménye, 4.

⁵⁸ C-17/09. számú *Bizottság kontra Németország*-ügyben 2010. 01. 21-én hozott ítélet (EBHL, 2010, I-0000).

ség hiányában a feltételezett jogsértések kivizsgálását egyáltalán nem, vagy csak jelentős nehézségek árán biztosítja. Utóbbi módszert követte a német gyakorlat, ahol a szolgáltatási koncessziót nemzeti rezsimben nem szabályozzák, ezáltal a hatáskörrel rendelkező Vergabekammer (Német Közbeszerzési Döntőbizottság) előtti jogvédelmet sem biztosították a sérelmet szenvedett feleknek.

Az EUB a *Wall AG*-ügyben⁵⁹ kifejtette, hogy amennyiben a koncessziós szerződés alapvető elemét módosítják, „az érintett tagállam belső jogrendje szerint el kell rendelni valamennyi ahhoz szükséges intézkedést, hogy helyreállítsák az eljárás átláthatóságát, ideértve az új odaítélési eljárás elrendelését is” (az ítélet 42. pontja).

Az egyenlő bánásmód elve, a diszkrimináció tilalma, valamint az ezekből eredő átláthatósági kötelezettség nem követeli meg a nemzeti hatóságoktól vagy a bíróságoktól, hogy a szerződéseket megszüntessék és intézkedéseket rendeljenek el a szolgáltatási koncessziók odaítélése során történt szabálysértések miatt, de az EUB szerint a nemzeti jogrendszer feladata a jogalanyok jogvédelmének biztosítása. Álláspontja szerint olyan szabályokat kell előírni, amelyek „nem lehetnek kedvezőtlenebbek, mint a hasonló, nemzeti keresetekre vonatkozóak, és nem tehetik gyakorlatilag lehetetlenné vagy rendkívül nehézé e jogok gyakorlását” (a *Wall AG* ítélet 71. pontja).⁶⁰

Ezzel szemben a német bírói gyakorlat csak lassan változik. A BGH legutóbb 2012. január 23-án meghozott határozata alapján a Vergabekammer továbbra sem bírálhatja felül utófelülvizsgálati eljárásban a jogsérelmet. Amennyiben az ajánlatkérő beszerzést helyesen minősítette szolgáltatási koncessziónak, kizárólag az illetékes közigazgatási vagy polgári bíróság jogosult a jogsértés megállapítására és további intézkedések foganatosítására.⁶¹ Az OLG Düsseldorf és az OLG Brandenburg határozatai alapján más esetként értékelendő, ha az ajánlatkérő tévesen szolgáltatási koncesszióként minősít egy beszerzést, ami később szolgáltatás-megrendelésnek bizonyul. Ez esetben nyitva áll a jogvédelem az általános német közbeszerzési szabályok szerint.⁶²

Aki német jog alapján szolgáltatási koncesszió megvalósítására irányuló eljárás valamely elemét sérelmezi, el kell döntenie, hogy mely bíróság előtt kíván eljárást kezdeményezni. Közjogi szerződés a közigazgatási bíróságra, a többi pedig civiljogi útra tartozik. Nem megfelelő bíróság előtti keresetindítással a szerződés odaítélése aligha akadályozható meg.⁶³ Ezzel szemben, ha egy tagállam nemzeti rezsimben (önként) szabályozza a szolgáltatási koncesszió tényállását és annak eljárásjogi követelményeit, akkor nem lehet akadálya a jogorvoslati igények *Wall AG* ügyben is kifejtett elvek szerinti érvényesítésének. Az alábbiakban láthatjuk, hogy Magyarország ezt a jogi megoldást választotta.

⁵⁹ C-91/08. számú *Wall AG*-ügyben 2010. 04. 13-án hozott ítélet (EUHL 2010, I-0000).

⁶⁰ Vö. MOCsÁRI-GÁL-TÁTRAI i. m.

⁶¹ A BGH 2012. 01. 23-án hozott határozata – X ZB 5/11, előzmény: az OLG München 2011. 06. 30-án hozott határozata, Verg. 5/09. Lásd a BGH 2011.02.08-án hozott határozatát – X ZB 4/10 (*Abellino Rail*).

⁶² Lásd az OLG Düsseldorf 2011.10.19-én hozott határozatát – Verg 51/11. és az OLG Brandenburg 2012.01.16-án hozott határozatát – Verg W 19/11.

⁶³ Vö. Christian P. KOKÉW: *Die Rechtsform der Dienstleistungskonzession entscheidet über den Rechtsweg – zum Beschluss des BGH vom 23.01.2012 – X ZB 5/11.* (2012.04.01.) www.vergabeblog.de.

4. A magyar szabályozás

4.1. Normaszöveg

A közbeszerzésekről szóló 2003. évi CXXIX. törvény⁶⁴ (a továbbiakban: régi Kbt.) klasszikus ajánlatkérők egyszerű eljárására már kezdettől fogva tartalmazta a szolgáltatási koncessziót, mint releváns beszerzési tárgyat.

A régi Kbt. 242. § (4) bekezdése szerint „a szolgáltatási koncesszió olyan szolgáltatásmegrendelés, amelynek alapján az ajánlatkérő a szolgáltatás nyújtásának jogát (hasznosítási jog) meghatározott időre átengedi, és ellenszolgáltatása a hasznosítási jog vagy e jog átengedése pénzbeli ellenszolgáltatással együtt.”

Ez a definíció a jogharmonizáció jegyében született. A közbeszerzési irányelvek fogalom-meghatározását tükrözte, azzal az eltéréssel, hogy meghatározott nemzeti értékhatár fölött a régi Kbt. vonatkozó szabályai értelmében közbeszerzési eljárást kell lefolytatni, amennyiben a beszerzés nem tartozik egyéb okból kivételi körbe.

Az új közbeszerzésekről szóló 2011. évi CVIII. törvény⁶⁵ (a továbbiakban: Kbt.) 7. § (1) bekezdése a szolgáltatási koncessziót a többi közbeszerzési tárgy között sorolja fel. Klasszikus ajánlatkérők nemzeti értékhatárt elérő szolgáltatások megrendelése eseté, kötelesek a Kbt. vonatkozó szabályait alkalmazni, ha „az ajánlatkérő a szolgáltatás nyújtásának jogát (hasznosítási jog) meghatározott időre átengedi, és ellenszolgáltatása a hasznosítási jog vagy e jog átengedése pénzbeli ellenszolgáltatással együtt, ahol a hasznosításhoz kapcsolódó kockázatokat teljes egészében vagy legalább jelentős részben a nyertes ajánlattevő viseli” (Kbt. 7. § (6) bek.).

Az új definíció a korábbihoz képest precízebb. Kiegészítésül tartalmazza az EUB előző fejezetben ismertetett kockázátvállalásra vonatkozó kritériumát.⁶⁶ Értelmezési nehézségek esetén a magyar jogalkalmazó köteles a Kbt. fogalom-meghatározásán túl, az EUB vonatkozó ítéleteire figyelemmel, egyedi esetben eldönteni, hogy a beszerzés tárgya valóban szolgáltatási koncessziónak minősíthető-e.

A magyar jogalkalmazó számára is vonzó lehet a szolgáltatások egy részét koncessziónak minősíteni, hiszen a hatályos szabályozás szerint szolgáltatási koncesszió megvalósítása esetén klasszikus ajánlatkérő csak 25 millió Ft-os értékhatár fölött köteles közbeszerzési eljárást lefolytatni, míg árukra és szolgáltatásokra 8 millió Ft, építési beruházásra pedig 15 millió Ft-os értékhatár irányadó.⁶⁷ Ezen túlmenően is kedvezőbb a megítélés, mert a nagyobb értékű szolgáltatási koncessziókra nincs európai szintű másodlagos szabályozás, ezért felső értékhatártól függetlenül a rugalmas nemzeti rezsimben történhet a szerződések odaítélése (Kbt. 119-123. §§). További könnyítést jelent, hogy a közszolgáltatók szolgáltatási koncesszió megvalósítása esetén nem kötelesek a Kbt. szabályait alkalmazni.

⁶⁴ *Magyar Közlöny*, 2003/157. (XII.28.); *Igazságügyi Közlöny*, 2004/3. (III.31.).

⁶⁵ *Magyar Közlöny*, 2011/86. (VII.20.).

⁶⁶ Lásd az Eurawasser és a német mentőszolgálatok ügyét a tanulmány 3.1.2. és 3.1.3. pontjaiban.

⁶⁷ Lásd a Közbeszerzési Hatóság Elnökének tájékoztatóját a 2012. évre irányadó közbeszerzési értékhatárokról (KÉ 2012. évi 3. szám, 2012. január 6.).

Mindazonáltal megállapítható, hogy a Kbt. a jogvédelem kérdését az EUB eset-jogának megfelelően rendezi. A *Wall AG* ügyben⁶⁸ is kifejtettek szerint, olyan jogvédelmi szabályokat kell előírni, amelyek „nem lehetnek kedvezőtlenebbek, mint a hasonló, nemzeti keretekre vonatkozóak, és nem tehetik gyakorlatilag lehetetlenné vagy rendkívül nehézé e jogok gyakorlását” (az ítélet 71. pontja). Ennek szellemében a szolgáltatási koncesszió megvalósítása körében felmerült jogvita esetén a Közbeszerzési Hatóság mellett működő Közbeszerzési Döntőbizottság (a továbbiakban: KDB) jár el országos illetékességgel (Kbt. 134. §, 137. §§). A KDB határozatai ellen bírósági felülvizsgálatnak van helye.

4.2. Tendenciák a Közbeszerzési Döntőbizottság gyakorlatából

A KDB szolgáltatási koncesszióra vonatkozó gyakorlata a régi Kbt. alkalmazásához köthető. Az új Kbt. alapján a jogszabály hatálybalépése óta eltelt rövid idő miatt még nem születtek irányadó határozatok.

E tanulmány terjedelmi korlátai miatt a továbbiakban az érintett jogesetek lineáris elemzése helyett a KDB vonatkozó gyakorlatának összefoglaló bemutatása és a tendenciák ismertetése következik.

4.2.1. Általános megállapítások

A szolgáltatási koncesszió tipikus területei a magyar jogban a hulladékkezelési közszolgáltatás (a hulladék összegyűjtése, elszállítása, ártalmatlanítása),⁶⁹ a szennyvízelvezetés, egészségügyi intézmények közszolgáltatási feladatainak átadása,⁷⁰ kórházak, lakótelepek hőellátó rendszerének üzemeltetése,⁷¹ a közterületet érintő és közterületekről látható hirdetésekkel és reklámokkal kapcsolatos rendszergazdai tevékenység ellátása,⁷² parkolási rendszer kialakítása és üzemeltetése,⁷³ valamint önkormányzati feladatkörbe tartozó időkötések otthona üzemeltetése.⁷⁴ Az esetek köre bővülő tendenciát mutat.

A szolgáltatási-üzemeltetési szerződések akár évtizedes időtartamra is kötődnek, és jellemzően nagy volumenűek. Figyelemreméltóan hosszú időre kötődtek például a D. 550/17/2007. számú határozatban kifogásolt szerződést hulladékgazdálkodási rendszerelemek engedélyezése, tervezése és elkészítése tárgyában, amelyben a hasznosítási jogot az üzemeltető 2030. április 1-jéig szerezte meg, vagy kórház orvosi program mentén történő üzemeltetési szerződését, amelyet úgy kötöttek meg 20

⁶⁸ Lásd az 59. lábjegyzetet.

⁶⁹ A KDB D. 267/19/2011.; D.34/17/2008.; D. 323/11/2008.; D. 550/17/2007; D. 339/17/2007. számú határozatai.

⁷⁰ A KDB D. 616/2006.; D. 506/12/2009.; D. 348/6/2007. számú határozatai.

⁷¹ A KDB D. 77/10/2009.; D. 411/9/2012. számú határozatai.

⁷² A KDB D. 537/6/2007.; D. 740/2010. számú határozatai.

⁷³ A KDB D.237/11/2008.; D. 474/14/2009.; D. 55/13/2010. számú határozatai.

⁷⁴ A KDB D. 406/11/2008. számú határozata.

évre, hogy közbeszerzési eljárás mellőzése miatt hivatalból kellett jogorvoslati eljárást kezdeményezni a beszerző döntése ellen.⁷⁵

A koncessziós szerződések becslült értéke – a hosszabb futamidő miatt is – jellemzően túllép a nemzeti 25 millió Ft-os értékhatáron, és gyakran több 100 milliós egybeszámított értéke miatt az árubeszerzés vagy szolgáltatás-megrendelés esetére megállapított közösségi értékhatárokat is túlszárnyalja. Ebből az is következik, hogy ha szolgáltatás-megrendelés helyett a beszerzést szolgáltatási koncessziónak minősítik, akkor értékhatártól függetlenül nemzeti eljárásrendben maradván lehet lebonyolítani a beszerzést.

Ezzel összefüggő európai jogi dilemma, hogy egyértelmű belső piaci relevancia (például országhatárhoz közeli nagyobb volumenű beszerzés) megalapozhat-e nemzeti szintű közzétételen túl európai szintű transzparenciát. A nyilvánosság ilyen mértékű kibővítésére vagy annak bárminemű tematizálására a KDB nem ad iránymutatást. Más tagállamok joggyakorlata sem foglalkozik a kérdéssel, amely kimondatlanul e jogértelmezés elutasítására utal.

Gyakori próbálkozás a magyar beszerzők részéről a közbeszerzési eljárás jogtalan mellőzése. A Kbt. szerinti átlátható versenyeztetést az ajánlatkérők illetve a beszerzők – a tagállamok joggyakorlatában is megfigyelhető – közérdekű cél megvalósítása esetén *in-house* kivételre alapítva próbálják figyelmen kívül hagyni (D.406/11/2008. idők otthona; D.24/9/2009. hulladékkezelés; D.740/2010 plakátügy; D. 411/9/2012. hőellátás). Más esetekben a vagyonkezelői jogra vonatkozó speciális pályáztatási szabályokra hivatkozva mellőzték a Kbt. alkalmazását. Ezzel összefüggésben a KDB a D. 348/6/2007. számú határozatában kimondta, hogy az Ötv. 80/A §, az Etv. 2. § (3) bek. és az Áht. 105/A-D. §-ainak alkalmazása még nem jelenti azt, hogy az „átadásra kerülő szolgáltatás jogi minősége megváltozna és osztona a más törvényekben meghatározott, a vagyonkezelői jog átadásának jogi helyzetét. Erre tekintettel a közfeladatnak a vagyonkezelői joghoz történő kapcsolása, adott esetben elválaszthatatlansága nem jelenti azt, hogy a vagyonkezelői jogra vonatkozó specifikus előírások szerinti eljárásra tekintettel már nem kell betartani a beszerzésnek szintén részét képező szolgáltatásnyújtási részre irányadó Kbt. előírásokat. A szolgáltatásnyújtás tekintetében pedig a Kbt. kógens rendelkezései nem teszik lehetővé pályáztatás lefolytatását. A Döntőbizottság megítélése szerint összetett beszerzések esetében csak akkor áll fenn a mentesülés a közbeszerzési eljárás lefolytatása alól, ha a beszerzés egyetlen elemére sem kell lefolytatni a közbeszerzési eljárást.”

4.2.2. Elhatárolási dilemmák

A szolgáltatási koncesszió fogalmának értelmezése számos jogalkalmazási kérdést vet föl. Legáltalánosabb dilemma, hogy hol húzódik a határ a szolgáltatás megrendelése, mint beszerzési tárgy és a szolgáltatási koncesszió között.

⁷⁵ A KDB D. 348/6/2007. számú határozata.

A KDB a régi Kbt. 242. § (4) bekezdése alapján rendszerint vizsgálja a hasznosítási jog átengedésének kritériumát. Többek között e szempont fennállása miatt minősült szolgáltatási koncesszióknak Hajdúbagos Idősek Otthonának működtetése (D. 406/11/2008.), vagy több más közszolgáltatás üzemeltetésére irányuló szerződés (D. 348/6/2007.; D. 616/2006). Ezzel szemben a Fővárosi Bíróság a tényleges hasznosítási jog átengedésének hiánya miatt tagadta meg a KDB által szolgáltatási koncesszióknak, majd később szolgáltatásnak minősített szerződést a Petz Aladár Megyei Oktatókórház üzemeltetés és gázátadás tárgyú beszerzési eljárásában.⁷⁶

Az elhatárolás tekintetében a KDB főképpen a fizetési feltételeket vizsgálja, és ezekből von le döntő következtetést, de már egy korábbi határozatban megmutatkozott, hogy figyelemmel kíséri az EUB joggyakorlatát. Ennek szellemében vezeti le a REMONDIS Hulladékgazdálkodási Kft. jogorvoslati kérelmére a D. 729/9/2006. számú ügyben a kockázatátvállalással kapcsolatos megállapításait.

A KDB a szolgáltatási koncesszió fizetési feltételeinek vizsgálata során meghatározó szempontként értékeli, hogy a szolgáltató az ellenértéket közvetlenül harmadik személyektől szedje be és ne ajánlatkérőtől. Önmagában ez a körülmény azonban még nem elegendő. A D. 267/19/2011. számú határozat alapjául szolgáló tényállás szerint a szolgáltatás ellenértékét a nyertes ajánlattevő a lakosságtól, sárga csekkes befizetés útján, utólag szedte be. Ezen túlmenően a nyertes ajánlattevő feladata lett a hulladék begyűjtésén, lerakásán és ártalmatlanításán túl a hulladék újrahasznosítása. Utóbbi tevékenységből árbevétele keletkezett, ami a tevékenység hasznosítási jogának átengedésére utal.

A KDB ezzel szemben megállapította, hogy „önmagában azon körülmény alapján, hogy a szolgáltató az általa meghatározott ellenszolgáltatáshoz közvetlenül a lakosság által fizetett díjak beszédésén keresztül jut hozzá, nem minősíthető a szerződés koncesszióknak, arra tekintettel sem, hogy a szemétszállítási díj nem fizetése esetén ajánlatkérő hajtja be a köztartozást, díjhátralékot adók módjára”.⁷⁷ A KDB végül megállapította, hogy a vizsgálat tárgyát képező ügyben a kockázatátvállalás mértéke nem elegendő. Ezért nem szolgáltatási koncesszióknak, hanem szolgáltatásnak minősül a közbeszerzés tárgya, ahogyan egyébként beszerzését maga az ajánlatkérő is minősítette.

A KDB – az EUB gyakorlatára figyelemmel – számos olyan határozatot hozott, amely a kockázatviselés megfelelő mértékét elemzi.⁷⁸ Ezekkel az esetekkel ellentétben volt arra is példa, hogy a KDB nagyobb figyelmet fordított a fizetési feltételekre és elnagyolta a kockázatviselés egyéb szempontjainak a vizsgálatát.⁷⁹

Megállapítható, hogy hazánkban nem szembetűnő a német gyakorlatban elterjedt tendencia, miszerint az ajánlatkérő a szolgáltatásokat szolgáltatási koncesszióként kívánná minősíteni, hiszen a magyar jog nem ad erre a célra jogmegkerülési stratégiát. Az is előfordul, hogy a magyar ajánlatkérők inkább szolgáltatásként minősítik a beszerzéseket szolgáltatási koncesszió helyett (D.267/19/2011 hulladékkezelés; D.

⁷⁶ Lásd a Fővárosi Bíróság 13.K.32.467/2009/26. számú ítéletét és a D. 411/9/2012. számú határozatot.

⁷⁷ Lásd a D. 267/19/2011. számú határozatot, 30.

⁷⁸ A KDB D. 348/6/2007.; D. 406/11/2008. számú határozatai.

⁷⁹ A KDB D. 92/32/2009.; D. 24/9/2009; D. 77/10/2009. számú határozatai.

77/10/2009 lakótelep energiatakarékos hőellátása; D.729/9/2006 hulladékkezelés.). Erre az szolgálhat magyarázatul, hogy az EUB esetjoga – ezzel összhangban a KDB határozatai is – túlságosan képlékeny feltételeket szabnak a szolgáltatási koncesszió gyakorlati megvalósítására. Ez jobbizonytalanságot eredményez a helyes minősítés tekintetében, és az ajánlatkérők a jogorvoslat veszélye miatt is óvatosan alkalmazzák a beszerzési tárgyra vonatkozó szabályokat.

A fentiekből következik, hogy az új Kbt. fogalmi pontosítása feltehetően nem hoz változást a KDB jövőbeli gyakorlatára. A beszerzés tárgyának precízebb törvényi meghatározása azonban ráirányíthatja ajánlatkérők figyelmét az elhatárolás fontosságára és segítheti őket a helyes minősítésben.

5. A koncessziókról szóló irányelv tervezete

5.1. Előzmények

Hosszas előkészítés után a Bizottság az „Egységes piaci intézkedéscsomag” című 2011. április 13-i közleményében⁸⁰ közzétette a koncessziókról szóló jogalkotói kezdeményezés szándékát. A kezdeményezés célja egy uniós keret kialakítása, amely a köz- és magánszféra közötti partnerségeket támogatja. Az erre irányuló célkitűzést már egy 2009-es bizottsági közlemény is felvetette „Magán- és állami beruházások mobilizálása a gazdasági fellendülés és a hosszú távú szerkezeti változások érdekében: a köz-magán társulások fejlesztése” címmel.⁸¹

A Bizottság 2010 nyarán online konzultációs felmérést folytatott le, amely megmutatta, hogy a piaci szereplők, főleg ajánlattevői oldalon üdvözlőnének egy uniós szintű szabályozást (irányelvet). Nagyobb jobbiztonságot teremtené a jelenlegi helyzetnél, és kiegyenlítené a versenyfeltételeket az Unión belül. Határokon átvívelő eljárásokban költségeket takaríthatnának meg a gazdasági szereplők és a fogyasztók egyaránt.

A Bizottság szerint az új közösségi szabályozás szükségszerűségét támasztja alá a kialakult jobbizonytalanság a „koncesszió” definíciója, a transzparencia terjedelme és a diszkrimináció tilalma tekintetében. Jelenleg az európai közbeszerzők, ha nem akarnak európai jogi szempontból kifogásolható szerződést kötni, esetről-esetre kötelesek koncessziós beszerzéseik során a primerjogi háttérrel figyelembe venni, és a homályosan definiált egységes belső piaci relevanciát vizsgálni.

⁸⁰ A Bizottság közleménye az Európai Parlamentnek, a Tanácsnak, a Gazdasági és Szociális Bizottságnak és a Régiók Bizottságának, Egységes piaci intézkedéscsomag, Tizenkét mozgatórugó a növekedés serkentéséhez és a bizalom növeléséhez „Együtt egy újfajta növekedésért”, Brüsszel, 2011.4.13. COM(2011) 206 végleges, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0206:FIN:HU:PDF>.

⁸¹ Régiók Bizottsága tanácskozásról készült összefoglaló A magán- és állami beruházások mobilizálása a gazdasági fellendülés és a hosszú távú szerkezeti változások érdekében: a köz-magán társulások fejlesztése, Brüsszel, 2010.10.5-6. COM(2009) 615 végleges.

A 2011. év végén közzétett koncessziókról szóló irányelv javaslatával⁸² (a továbbiakban: Javaslat) egyidejűleg a Bizottság munkadokumentumban adta közre hatásvizsgálatának eredményeit, amelyben a jogalkotási probléma megoldására szabályozási opciókat vázol föl.⁸³ Ennek során az európai szintű hatékony jogérvényesítés, a jogharmonizáció célja és a szubszidiaritás elve is mérlegre kerül. A Bizottság álláspontja szerint a jelenleg kialakult helyzetet meg kell változtatni. Tagállami szinten megalkotott szabályokkal nem oldható meg a belső piac széttagozottsága, mert ezek tovább növelik az Unión belüli eltéréseket. Az egyes tagállamokban hiányzó nemzeti szabályozás, amely szintén EU konform, ahhoz vezet, hogy közbeszerzési eljárás nélkül, közvetlenül ítélik oda az ajánlatkérők a szolgáltatási koncessziós szerződéseket. Ez korrupciós veszélyeket rejt magában.

A megoldás egy önálló irányelvtervezet, amely az építési koncesszió mintájára kiterjed a szolgáltatási koncesszióra, és a jogbiztonság, valamint a versenyfeltételek javítása érdekében nem tartalmazhat túl általános szabályokat. A koncessziók odaítélését szabályozó különálló irányelv elfogadásának célja – a hatályos közbeszerzési irányelveket (2004/17/EK és 2004/18/EK) módosító két javaslattal együtt – egy az uniós közbeszerzésekre vonatkozó modern jogszabályi keret létrehozatala.

Az irányelvi normák megállapítása során fontos szempont a szubszidiaritás és az arányosság elvének a betartása.⁸⁴ Egyfelől a feladatok Unió szinten ne csak hatékonyabban legyenek megvalósíthatóak, mint a nemzetállamok szintjén, de a tagállamok ne is tudják a célkitűzéseket kielégítően megvalósítani, másfelől a megvalósításhoz használt eszközök a legkisebb és legszükségesebb mértékben vonjanak el hatásköröket a tagállami jogalkotótól.

5.2. A Javaslat tartalma

A javasolt irányelvet a hatálybalépése után odaítélt koncessziókra kell alkalmazni. Jogalapja az EUMSZ 53. cikk (1) bekezdése valamint az EUMSZ 62. és 114. cikkei. Két fő célja a jogbiztonság és a koncessziós piacokhoz való jobb hozzáférés, amelyet az átláthatóság és a pártatlanság növelésével kíván elérni.

A Javaslat 2. cikke a fogalom-meghatározásokat tartalmazza. Eszerint a koncesszió magában foglalja az építési beruházásra, az építésre és a szolgáltatásra irányuló koncessziót. A 2. cikk 7. pontja szerint a „szolgáltatásra irányuló koncesszió: egy vagy több gazdasági szereplő és egy vagy több ajánlatkérő szerv vagy ajánlatkérő által írásban kötött visszterhes szerződés, amelynek tárgya a 2. és a 4. pontban említettől eltérő szolgáltatás nyújtása, amelynek esetében a nyújtandó szolgáltatásért kapott

⁸² Javaslat az Európai Parlament és a Tanács irányelve a koncessziós szerződések odaítéléséről, Brüsszel, 2011.12.20. COM(2011) 897 végleges.

⁸³ Bizottsági szolgálati munkadokumentum a hatásvizsgálat összefoglalója, amely a következő dokumentumot kíséri, Javaslat az Európai Parlament és a Tanács irányelve a koncessziós szerződések odaítéléséről, Brüsszel, 2011.12.20. SEC(2011) 1589 végleges, 5. skk. (a továbbiakban: Bizottsági szolgálati munkadokumentum)

⁸⁴ Bizottsági szolgálati munkadokumentum, 4.

ellenszolgáltatás vagy kizárólag a szerződés tárgyát képező építmény hasznosítására vonatkozó jog vagy ez a jog pénzbeli ellenszolgáltatással kiegészülve”.

A kölcsönösen nyújtott szolgáltatások, illetve a fizetés módjának rögzítésén túl a 2. cikk 14. pontja részletezi a gazdasági kockázat fogalmát. Eszerint „az építmény vagy szolgáltatások hasznosításának joga együtt jár a lényeges működési kockázatnak a koncessziós jogosultra való transzferálásával. A koncessziós jogosult részéről a lényeges működési kockázat felvállalása akkor valósul meg, ha a koncesszió tárgyát képező építési beruházás megvalósítása vagy szolgáltatás nyújtása során tett beruházások, illetve a felmerült költségek megtérülése nem garantált.” A Javaslat a továbbiakban a gazdasági kockázat két típusát nevesíti: egyfelől az építmény használatával vagy a szolgáltatásnyújtással összefüggő kockázatot, másfelől a koncessziós jogosult által rendelkezésre bocsátott vagy a felhasználóknak történő szolgáltatásnyújtáshoz felhasznált infrastruktúra meglétével összefüggő kockázatot.

A Javaslat a továbbiakban meghatározza az ajánlatkérő szervek körét, rögzíti az értékhatárokat, az alapelveket és a kivételeket. A 7. cikk szerinti általános elvek alapján az ajánlatkérőknek a gazdasági szereplőket egyenlő bánásmódban kell részesíteniük, továbbá átlátható és arányos módon kell eljárniuk. Tilos a koncesszió-odaítélési eljárást úgy megtervezni, hogy az adott koncesszió kikerüljön az irányelv hatálya alól, vagy mesterségesen korlátozza a versenyt.

A koncesszió odaítélésének részletszabályai között külön fejezetben található a közzététel és az átláthatóság (26–30. cikkek). A Javaslat hatálya azon koncessziókra terjed ki, amelyek elérik, vagy meghaladják az 5.000.000 € értékhatárt. Ezekre az eljárásokra – az átláthatóság és a gazdasági szereplők számára biztosított egyenlő bánásmód érdekében – egységes kötelező előzetes és utólagos közzétételt rendel el az Európai Unió Hivatalos Lapjában. A Javaslat foglalkozik még az eljárás lefolytatásával, ezen belül a közös koncessziók, az egységes minimum-határidők, a műszaki leírás, a résztvevők kiválasztási és a szerződés odaítélési szempontjaival, valamint a teljesítés szabályaival (31–43. cikkek).

A közbeszerzési irányelvektől eltérően a Javaslat nem tartalmaz eljárásfajtákat. Ezáltal az európai jogalkotó lehetővé teszi, hogy ajánlatkérők a koncessziók odaítélése során rugalmasan, hatékonyan, a nemzeti jogi hagyományokat megtartva alkalmazzák az eljárásokat. Mindazonáltal a koncessziók odaítélésekor, illetve a tárgyalások során be kell tartani bizonyos garanciákat a pártatlan és átlátható eljárás biztosítása érdekében.

A jogvédelmi deficit orvoslása céljából a Javaslat rendelkezik a jogorvoslatról szóló irányelvek (a 2007/66/EK tanácsi irányelv által módosított 89/665/EGK és 92/13/EK irányelv) alkalmazási körének valamennyi határérték feletti koncessziós szerződésre vonatkozó kiterjesztéséről. Biztosítja az odaítélésről szóló döntés bíróság előtti megtámadásának lehetőségét, és bizonyos igazságszolgáltatási szabályokat ír elő, amelyeket az ajánlatkérőknek be kell tartaniuk.

A Javaslat alapján elfogadott irányelv az Európai Unió Hivatalos Lapjában való kihirdetést követő huszadik napon lép hatályba. Átültetési határideje a Javaslat 49. cikk (1) bekezdése értelmében 2014. június 30.

5.3. A Javaslat fogadtatása a tagállamokban

A Javaslat – számos előnye ellenére – nem aratott osztatlan sikert a tagállamokban. Franciaország, Ausztria, Hollandia és Belgium, Németországgal az élen, aggályukat fejezték ki a messzemenő, tagállami és egyben tartományi-önkormányzati hatáskörök megnyirbálása miatt. Ezzel szemben néhány dél-kelet-európai ország üdvözölte a Javaslatot.⁸⁵

A német Bundesrat a tartományi, kommunális szinten kifejtett nyomásnak engedve 2012. március 2-ai határozatában rámutatott, hogy az irányelv-tervezet nem áll összhangban a szubszidiaritás elvével (EUSZ 5 cikk 3. bek., 12. cikk b.). Álláspontja szerint a szóban forgó szolgáltatások helyi szinten sokkal hatékonyabban kivitelezhetőek. Az eddig folytatott gyakorlat versenytorzító hatása nem vált bizonyítottá, továbbá az sem, hogy a privátszféra bevonása a szolgáltatási koncessziókba negatívan fejlődött volna az elmúlt években.⁸⁶

A Bundesrat álláspontja szerint az Európai Bíróság által kialakított joggyakorlat elegendő jogbiztonságot teremtett az esélyegyenlőség és a transzparencia tekintetében. Ezáltal a Javaslat indokolatlanul korlátozza a tagállamok és a helyi önkormányzati szervek cselekvési szabadságát. A határozat a mentőszolgálatok ügyét emeli ki, amelyek kapcsolatba hozhatóak a katasztrófavédelemmel. Aggályosnak tartja ezen területek kommercializálását, amely minőségromlást és belbiztonsági fenakadásokat okozhat. A mentőszolgálatokat ezért kivenné az irányelv hatálya alól.⁸⁷

A Javaslat további aggályokat ébreszt a vízgazdálkodás szempontjából. Az energia-, vízellátás és szennyvízelvezetés az állami gondoskodás körébe tartozó közérdeklő feladatok. Mivel a Javaslat ezeket az ágazatokat nem helyezi kivételi körbe, ezért fennáll a veszélye, hogy egy európai szintű kiírás, amely a felelős önkormányzatok döntési szabadságát gazdasági szempontokkal terheli, a fogyasztók kárára az ellátás minőségének romlását eredményezné.⁸⁸

A szubszidiaritási kifogás visszakerült az Európai Bizottsághoz, a Parlamenthez és a Tanácshoz. A vizsgálat végén a Bizottság fenntartja, megváltoztatja, vagy visszavonja a tervezetét. Amennyiben a tagállam számára elfogadhatatlan a döntés, a

⁸⁵ Vö. Ulrich HAARMANN: *Binnenmarktausschuss diskutiert Kommissionsvorschlag zu Dienstleistungskonzessionen*. Verband Kommunalen Unternehmen, 2012.03.21. <http://www.vku.de/service-navigation/bruessel/2012-maerz/binnenmarktausschuss-diskutiert-kommissionsvorschlag-zu-dienstleistungskonzessionen.html?Fsize=0>.

⁸⁶ Beschluss des Bundesrates, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, COM(2011) 897 final, Ratsdok. 18960/11., Drucksache 874/11. 2012.03.02.

⁸⁷ Vö. Eu-Richtlinie zur Konzessionsvergabe – Bundesrat erhebt Subsidiaritätsrüge (Redaktion), 2012.03.03., <http://www.vergabeblog.de/2012-03-03/eu-richtlinie-zur-konzessionsvergabe-bundesrat-erhebt-subsidiaritaetsruege/>.

⁸⁸ Vö. Ulla LÖTZER: *Nein zur EU-Dienstleistungskonzession – Rede zu Protokoll im Deutschen Bundestag*. 2012. 03. 29. <http://www.linksfraktion.de/reden/nein-eu-richtlinie-dienstleistungskonzessionen/>; HAARMANN i. m.

nemzeti parlament az Európai Bírósághoz fordulhat. Erre a Bundestagnak a GG 23. cikk 1a bekezdése alapján van lehetősége.

Az értékhatárok feletti szolgáltatási koncessziók jövőbeli szabályozása bizonytalanná vált. A hatásköri vitát végül az EUB döntheti el.

6. Értékelés

A szolgáltatási koncesszió európai megítélése és az európai szintű szabályozási igény heves vitákat váltott ki az elmúlt években. A tagállamok szerint az Európai Bizottság, különösen a 2006-os értelmező közleményében kifejtett megállapításai óta, folyamatosan szűkíti a közbeszerzési szabadságukat.⁸⁹ A Bizottság az EUB határozataira hivatkozva a primerjogi alapelvek kiterjesztő értelmezését szorgalmazza, amely mind az ajánlatkérők alanyi körét, mind a beszerzés tárgyainak tartalmi bővítését eredményezi.⁹⁰ A korábban tagállami hatáskörbe sorolt közfeladatok uniós felügyelet alá kerülnek. Kifejezetten említhetőek a vízgazdálkodás, mentőszolgáltatás, katasztrófavédelem egyes területei, vagy más szociális, egészségügyi szolgáltatások köre, amelyekre – eredeti elképzelés szerint – a koncessziós szerződések odaítéléséről szóló Javaslat kiterjedne.

A jóléti társadalmak működése szempontjából különösen érzékeny szabályozási területet érintenek a szolgáltatási koncessziók által lefedett közcélú feladatok. Fokozza a téma körül kialakult feszültséget, hogy a modernkori polgár hozzászókkott az állam széles körű gondoskodásához, de az állam bevételei nem tartanak lépést a közkiadások növekedésével. Összeurópai probléma a társadalmak megállíthatatlan öregedése, ami miatt például az egészségügyi szolgáltatások fokozódó igénybevétele várható. A szociális feszültségekkel együtt növekszik a bűnözés is, ezért egyre több forrást kell elkülöníteni a börtönviszonyok fenntartására és javítására.

Alapvető feladat, hogy a magánszféra szereplőinek – koncessziós, PPP és egyéb szerződések révén – a közfeladatok ellátásába történő bevonásával ne sérüljön a közérdek. Ennek biztosítására és a jogbiztonság fokozására nemzetek feletti, európai szintű kontrollt kíván gyakorolni az Unió. Az ehhez kapcsolódó aggodalmak miatt a szolgáltatási koncesszió irányelvi szabályozása tovább késhet.

⁸⁹ Lásd számos tagállam indítványára, a 2006-os bizottsági közlemény (12. lábjegyzet) értelmezéséhez az Európai Törvényszék T-258/06. számú 2010. május 20-án hozott ítéletét.

⁹⁰ Vö. bővebben, GYULAI-SCHMIDT (2012) i. m. 145. skk.