

M. POIARES MADURO

FŐTANÁCSNOK INDÍTVÁNYA

Az ismertetés napja: 2008. december 17.¹

1. Az Európai Bizottság által Görögországgal szemben benyújtott jelen kereset egy Kréta szigetén található hőerőművel kapcsolatos közbeszerzési szerződésre vonatkozik. A Bizottság előadja, hogy az ajánlatkérő azzal, hogy elmulasztotta elsőként a pályázati felhívás előzetes közzétételét, másodsorban pedig az egyik ajánlat elutasítása indokainak megfelelő időben történő megadását, nem teljesítette a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/38/EGK tanácsi irányelvből² eredő kötelezettségeit.

Ténybeli háttér

2. 2003 júliusában a Dimosia Epicheirisi Ilektrismou (Görögország állami energiaszolgáltató társasága, a továbbiakban: DEI) pályázati felhívást tett közzé a Kréta szigetén található atherinolakosi hőerőmű részére két villamosenergia-termelő egység beszerzésére és üzembe helyezésére vonatkozóan. A DEI úgy találta, hogy a benyújtott ajánlatok nem feleltek meg teljes mértékben a pályázati felhívás feltételeinek, így a projektet leállították. 2004 májusában ugyanarra a projektre

vonatkozóan az elsőttől alig eltérő, új pályázati felhívást tettek közzé. A második felhívásra benyújtott mind az öt ajánlatot mint „nem megfelelőt” elutasították, tekintettel arra, hogy azok nem feleltek meg teljes mértékben bizonyos műszaki előírásoknak, és az eljárást ismét leállították.

3. 2004. december 14-én, új pályázati felhívás közzététele nélkül, a DEI levelet írt a második fordulóban részt vett öt ajánlattevőnek, és felkérte őket, hogy 15 napon belül nyújtsák be „végleges pénzügyi ajánlatukat”, kijavítva valamennyi, a korábbi ajánlatuk és a projekt leírása közötti eltérést, így különösen a műszaki jellegűeket. Ebben a levélben a DEI kifejtette, hogy a pályázati felhívás mellőzése mellett döntött, tekintettel többek között „az ügy teljes előzményére”; „a két egység üzembe helyezéséhez szükséges időre, ami 29, illetve 31 hónap”; „Kréta szigetének sürgős, 2007-től jelentkező villamosenergia-szükséglete időben történő kielégítésének követelményére”; és „a szerződés odaítélésének előre nem látott késedelmére, amelyet a korábbi pályázati felhívások nem kielégítő kimenetele okozott”. Mind az öt, a második fordulóban részt vevő ajánlattevő új ajánlatot nyújtott be.

1 – Eredeti nyelv: angol.

2 – HL 1993. I. 199., 84. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 2. kötet, 194. o.

4. 2005. február 7-i levelében a DEI az egyik ajánlattevővel indokolás nélkül közölte ajánlata elutasítását. Ez az ajánlattevő három levelet küldött a DEI-nek 2005. február 10-én és 11-én, valamint március 10-én, továbbá két levelet küldött a fejlesztési minisztériumnak 2005. március 17-én és 31-én, amelyekben kérte, hogy tájékoztassák ajánlata elutasításának indokairól. A DEI végül 2005. április 4-én válaszolt. Az ajánlattevő ezt követően ideiglenes intézkedés iránt a Monomeles Protodikio Athinonhoz (Athén első fokú bírósága) fordult, kérelmét azonban 2005. július 7-én elutasították. A DEI 2005. szeptember 15-én egy másik ajánlattevővel kötötte meg a szerződést.

5. A sikertelen ajánlattevő panaszt nyújtott be az Európai Bizottsághoz, amely – tekintettel a DEI által lefolytatott eljárásnak a közösségi joggal való összeegyeztethetlenségére, és figyelemmel a szerződés különösen magas értékére – Görögországgal szemben kötelezettségszegés megállapítása iránti eljárást kezdeményezett. Mivel a felszólító levelére és indokolással ellátott véleményére a görög hatóságok által adott választ nem találta kielégítőnek, a Bizottság kereset nyújtott be a Bírósághoz annak megállapítása iránt, hogy Görögország nem teljesítette a 93/38 irányelv előzetes pályázati felhívás nélküli közbeszerzési eljárásokra vonatkozó 20. cikkének (2) bekezdése a) pontjából, és a sikertelen ajánlattevők részére történő indokolási kötelezettségre vonatkozó 41. cikkének (4) bekezdéséből eredő kötelezettségeit.

I – A pályázati felhívás mellőzése

6. Az alkalmazandó rendelkezés a 93/38 irányelv 20. cikke (2) bekezdésének a) pontja, amely kimondja, hogy: „az ajánlatkérő a következő esetekben pályázati felhívás nélkül alkalmazhat szerződés-odaítélési eljárást: [...] ha nem érkezik be ajánlat vagy megfelelő ajánlat egy ajánlati felhívási eljárásban, annyiban, amennyiben a szerződés eredeti feltételei lényegesen nem változnak meg”. Ahogyan azt a görög kormány helyesen kiemeli, ez a rendelkezés felhatalmazza az ajánlatkérőket arra, hogy mellőzzék a pályázati felhívásra vonatkozó előírást, amennyiben a következő három feltétel együttesen teljesül: i. már sor került ilyen felhívásra, ii. nem érkezett be ajánlat vagy nem érkezett be megfelelő ajánlat és iii. az eredeti szerződéses feltételek alapján véve azonosak maradtak.

7. Jelen esetben egyértelmű, hogy az első feltétel teljesült. A [görög] kormány és a Bizottság nem értenek egyet abban, hogy a második és a harmadik feltétel is teljesült-e.

A nem megfelelő ajánlatok fogalma

8. A DEI a második pályázati felhívásra benyújtott ajánlatokat „nem megfelelőként” azért utasította el, mert azok nem feleltek meg teljes mértékben bizonyos műszaki előírásoknak. Igaza volt a pályázatok minősítésében? Más szóval, hogyan kell értelmezni

a „nem megfelelő” kifejezést? Ez lényeges kérdés, tekintettel arra, hogy az erre adott válasz határozza meg, hogy egy ajánlatkérő odaítélhet-e szerződést pályázati felhívás közzététele nélkül. Amennyiben a benyújtott ajánlatokat helyesen lehet „nem megfelelőnek” minősíteni, nincs szükség további pályázati felhívásra; amennyiben viszont az elutasított ajánlatok nem tekinthetők „nem megfelelőnek”, az ajánlatkérő köteles a teljes eljárást megismételni.

9. A Bizottság álláspontja szerint csupán az ajánlatkérő igényeit egyértelműen kielégíteni nem képes ajánlat esik a „nem megfelelő” kategóriába; más, kevésbé jelentős eltérések igazolhatják az ajánlat elutasítását, azonban nem tehetik az ajánlatot „nem megfelelővé”, lehetővé téve ezáltal, hogy az ajánlatkérő a szerződést a szokásos pályázati felhívás nélkül ítélje oda. Ezzel szemben a görög kormány a „nem megfelelő” liberálisabb fogalom meghatározása mellett érvel. Nagy hangsúlyt fektetve az irányelv (45) preambulumbekezdésére, amely szerint „az érintett ajánlatkérő által alkalmazandó szabályoknak keretet kell biztosítaniuk a helyes üzleti gyakorlat számára, és lehetővé kell tenniük a maximális rugalmasságot”, úgy érvel, hogy az ajánlatkérők részére széles mérlegelési jogkört kell biztosítani valamennyi, a pályázati felhívásban meghatározott kritériumokat teljes mértékben ki nem elégítő ajánlat „nem megfelelőként” történő elutasításában, és lehetővé kell tenni, hogy ezt követően új pályázati felhívás nélkül folytathassák az eljárást.

10. Úgy vélem, hogy a görög kormány által javasolt értelmezés túlságosan tág. Annak meghatározását, hogy az ajánlatkérők milyen

széles mérlegelési jogkörrel rendelkeznek, a Szerződés előírásainak vizsgálatával kell kezdeni. A Teleaustria-ügyben a Bíróság úgy ítélte meg, hogy a közszolgáltatási koncessziók a közbeszerzésre vonatkozó irányelvek hatályán kívül esnek, azonban megállapította, hogy az azokat megkötő ajánlatkérőket általánosságban kötik a Szerződés alapvető szabályai, különösen pedig az állampolgárságon alapuló hátrányos megkülönböztetés tilalmának elve, amely magában foglalja az átláthatóságra vonatkozó kötelezettséget.³ Kifejtette továbbá, hogy mi ennek az átláthatósági kötelezettségnek a tartalma: „[a]z ajánlatkérő átláthatóságra irányuló kötelezettsége megfelelő nyilvánossági szint biztosítását jelenti valamennyi potenciális ajánlattevő számára, amely lehetővé teszi a szolgáltatási piacok verseny felé történő megnyitását, valamint az odaítélési eljárások pártatlanságának ellenőrzését”.⁴ Ennélfogva a közbeszerzésben az átláthatóság az elsődleges közösségi jog által meghatározott követelmény, és legalább bizonyos szintű nyilvánosságot von maga után. A nyilvánosság jelentősége kettős: először is, a potenciális ajánlattevők tudomást szereznek arról, hogy egy üzleti lehetőség áll fenn, amely viszont a szerződés iránti verseny fokának emelkedéséhez vezethet, hiszen valószínűleg több ajánlatot nyújtanak be, másodszor, a nyilvánosság védelmet biztosít a részrehajlás és a korrupció ellen, tekintettel arra, hogy elősegíti a közbeszerzési eljárások felülvizsgálatát.⁵ A Bíróság ítélezési gyakorla-

3 – A C-324/98. sz. Teleaustria-ügyben hozott ítélet (EBHT 2000., I-10745. o.) 60–61. pontja.

4 – Uo. 62. pont.

5 – Az új közbeszerzési irányelvek az ajánlatkérők számára az átláthatóság kötelezettségét kifejezetten előírják. A közszférára vonatkozó új irányelv (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 2004 L 134., 114. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 132. o.]) 2. cikke és az új ágazati irányelv (a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/17/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv [HL 2004 L 134., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 19. o.]) 10. cikke előírja, hogy „átlátható módon jár[ja]nak el”.

tában az átláthatóság a hátrányos megkülönböztetés tilalmához kapcsolódik, és a közösségi jog ezen alapvető elvének való megfelelést biztosító mechanizmusnak tekinthető.⁶

a hatóságok általi előnyben részesítés veszélyét”.⁹ A hatékony verseny elmozdítja azokat az akadályokat, amelyek gátolják az új szereplők piacra lépését; az ajánlatkérők javát szolgálja, akik több ajánlattevő közül választhatnak, és így valószínűbb, hogy megfelelő ár-érték arányt érnek el, valamint segít fenntartani a közbeszerzési eljárások feddhetetlenségét.

11. A „nem megfelelő” kifejezés értelmezése szempontjából releváns további tényező, hogy a közbeszerzési szabályok egyik célja a hatékony verseny előmozdítása a piacon. A Bíróság nemrégiben a Bizottság kontra Olaszország ügyben hozott ítéletében – amelyben a Bizottság azt állította, hogy Olaszország nem teljesítette számos, köztük a 93/98 irányelvből eredő kötelezettségét – megállapította, hogy „[e]zen irányelvek célja a versenyt általában korlátozó és a többi tagállam állampolgárainak a közbeszerzésben való részvételét korlátozó magatartások megszüntetése, különösen a letelepedés és a szolgáltatásnyújtás EK 43. és EK 49. cikkben rögzített szabadságának megvalósítása érdekében”.⁷ Ahogyan azt a Bíróság egy korábbi, a 93/37/EGK irányelvvel kapcsolatos ügyben kifejtette,⁸ „az irányelv alapvető célja [...] az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések verseny előtti megnyitása. Ugyanis az irányelvben megállapított eljárásoknak megfelelő közösségi verseny az, ami kizárja

12. Ahogyan azt a fenti ügyek egyértelművé teszik, a versenyztetés követelménye az elsődleges közösségi jogban gyökerezik, és annak magától értetődő módon meg kell felelni. A szerződések előzetes pályázati felhívás nélküli odaítélése nem csupán a potenciális ajánlattevőket károsíthatja, hanem a nyilvánosságot is, amely az adózás révén fizet a közbeszerzési eljárásokért, valamint torzíthatja a közbeszerzési piac versenyző jellegét, csorbitva a Szerződés közösségi alapszabadságokra vonatkozó szabályainak hatékonyságát. Erre tekintettel az olyan rendelkezést, amely lehetővé teszi az ajánlatkérő számára, hogy mellőzze a pályázati felhívást, szigorúan kell értelmezni. A 93/38 irányelv 20. cikkének (2) bekezdése ilyen rendelkezés. Annak megállapításával

6 – Lásd többek között a C-275/98. sz. Unitron Scandinavia ügyben hozott ítélet (EBHT 1999., I-8291. o.) 31. pontját; a C-19/00. sz. SIAC-ügyben hozott ítélet (EBHT 2001., I-7725. o.) 41. pontját; a C-454/06. sz. presstext-ügyben hozott ítélet (EBHT 2008., I-4401. o.) 32. pontját.

7 – A C-412/04. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben hozott ítélet (EBHT 2008., I-619. o.) 2. pontja.

8 – Az építési beruházásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/37/EGK tanácsi irányelv (HL 1993. L 199., 54. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 2. kötet, 163. o.).

9 – A C-399/98. sz. Ordine degli Architetti ügyben hozott ítélet (EBHT 2001., I-5409. o.) 75. pontja. Lásd ugyanebben az értelemben a C-285/99. és C-286/99. sz. Impresa Lombardini egyesített ügyekben hozott ítélet (EBHT 2001., I-9233. o.) 35. pontját és a C-26/03. sz. Stadt Halle ügyben hozott ítélet (EBHT 2005., I-1. o.) 44. pontját.

kezdődik, hogy az ajánlatkérő előzetes pályázati felhívás nélkül alkalmazhat szerződés-odaítélési eljárást, majd taxatív jelleggel meghatározza azokat az eseteket, amelyekben ez lehetséges. A Bíróság már megállapította e rendelkezés helyes értelmezését a Bizottság kontra Görögország ügyben, mely ügy ezen rendelkezés c) és d) pontját érintette, amelyek a műszaki vagy művészi sajátosságaik miatt csak egy bizonyos vállalkozóval megkötethető szerződésekre, valamint a rendkívül sürgős esetekre vonatkoznak: „[e] tekintetben előjáróban meg kell jegyezni, hogy a 93/38 irányelv 20. cikke (2) bekezdése c) és d) pontjának rendelkezéseit a közbeszerzési eljárásokra vonatkozó szabályoktól való eltérésként szigorúan kell értelmezni”.¹⁰ Jelen ügy az a) pont alapján döntendő el (amely az ajánlatok hiányára és a „nem megfelelő” ajánlatokra vonatkozik), amelyet ugyanúgy szigorúan kell értelmezni, mint a c) és d) pontokat, tekintve, hogy sem a 20. cikk (2) bekezdésének szellemében, illetve szövegében, sem a Bizottság kontra Görögország ügyben hozott ítéletben nincs semmi olyan, amely igazolhatna egy eltérő értelmezési megközelítést.

13. Az előbbi elemzés fényében a „nem megfelelő” kifejezésnek a görög kormány által javasolt tág értelmezése nem fogadható el. Az ajánlatkérők részére annak lehetővé tétele, hogy a benyújtott ajánlatok csekély eltéréseire hivatkozva azokat „nem megfelelőként” elutasítsák, a gyakorlatban azt jelentené, hogy átfogó mérlegelési jogkört kapnának annak eldöntésére, hogy pályázati felhívást tegyenek-e közzé vagy sem. Az olyan ajánlatkérő, amely – a Bíróság által az Ordine degli Architetti ügyben hozott ítéletben használt szavakkal élve – „részhajlóan” kíván

„eljárni”, könnyedén találhat olyan pontot, amely tekintetében a benyújtott ajánlat nem felel meg teljes mértékben a szerződés előírásainak, azt „nem megfelelőként” elutasíthatja, és ezt követően új pályázati felhívás közzététele nélkül odaítélheti a szerződést. Ez különösen igaz a magas szintű műszaki felkészültséget követelő nagy projektekre, ahol a szerződéses előírások érthetően nagyon összetettek. Azonban épp ez az a veszély, amely ellen a közösségi közbeszerzési szabályoknak akár a Szerződésbe, akár a másodlagos jogszabályokba foglaltan védelmet kell nyújtaniuk. Ezzel szemben a Bizottság által javasolt értelmezés, nevezetesen hogy egy ajánlat „nem megfelelőként” történő elutasítása, és így az ajánlatkérő által az eljárás pályázati felhívás nélküli folytatása csak olyan esetekben lehetséges, amikor az ajánlat nem elégíti ki az ajánlatkérő igényeit, az ajánlatkérő számára kellő mérlegelési jogkört biztosít a benyújtott ajánlatok értékelésére, és emellett biztosítja, hogy a közbeszerzésre vonatkozó közösségi szabályok ne legyenek megkerülhetők.

14. A 93/38 irányelv 20. cikke (2) bekezdésének c) pontja tág értelmezésének alátámasztására a görög kormány nagymértékben támaszkodott az irányelv (45) preambulumbekzdésére, amely a „maximális rugalmasság” szükségességére hivatkozik a közszolgáltatókra vonatkozó közbeszerzési szabályok tekintetében. Ebből a [görög] kormány arra a következtetésre jut, hogy ezen a területen az ajánlatkérők részére széles mérlegelési jogkört biztosítottak az irányelv rendelkezéseinek alkalmazása tekintetében, beleértve a „nem megfelelő” ajánlatokra és a szerződésnek előzetes pályázati felhívás nélkül történő odaítélésére vonatkozó rendelkezéseket. Ezen érveléssel szemben két ellenvetés merül fel.

10 – A C-394/02. sz., Bizottság kontra Görögország ügyben hozott ítélet (EBHT 2005., I-4713. o.) 33. pontja.

15. Először is, a (45) preambulumbekzdés nem egy önmagában álló, jogokat biztosító vagy kötelezettségeket megállapító rendelkezése a jognak. Mint az irányelvek valamennyi preambulumbekzdése, inkább értelmező funkciót tölt be, azaz az irányelvet értelmezők számára nyújt segítséget az irányelv céljainak, illetve az elfogadása szellemének megértéséhez. Jelen esetben a (45) preambulumbekzdés kifejti, hogy a közösségi jogalkotó miért hozott a közüzemi ágazatra vonatkozó olyan közbeszerzési szabályokat, amelyek az egyéb ágazatokra, mint például a szolgáltatásnyújtásra és az árubeszerzésre vonatkozó szabályoknál kevésbé szigorúak. Ami még fontosabb, a 20. cikk (2) bekezdése maga is a közüzemi ágazatra alkalmazott rugalmasabb megközelítés kifejeződése, mivel a más ágazatokra vonatkozó irányelvekhez képest több esetben teszi lehetővé az ajánlatkérők számára, hogy a pályázati felhívást mellőzésével járjanak el.¹¹ Más szóval, a 93/38 irányelv különös rendelkezéseinek meghozatalával maga a közösségi jogalkotó döntötte el, hogy a közszolgáltatásokra vonatkozó szabályok milyen tekintetben legyenek rugalmasabbak, és helytelen lenne annak feltételezése, hogy a (45) preambulumbekzdés az ajánlatkérőknek valamiféle autonóm rugalmasságot biztosít az irányelv már eleve rugalmas rendelkezései mellett.

16. Másodszor, ahogyan arra már felhívtam a figyelmet, a Bíróság megállapította, hogy a nyilvánosságra hozatal a Szerződés által az ajánlatkérőkre rótt tevőleges kötelezettség. Az e kötelezettségtől való eltéréseket a jognak kifejezetten elő kell írnia, és azokat megszorítónan kell értelmezni. Még ha létezne is ilyen általános elv a 93/38 irányelv rugalmas értelmezésére vonatkozóan, az nem írhatná felül az elsődleges közösségi jogban gyökerező kötelezettségeket.

17. Végül valamit meg kell jegyezni a különböző, közbeszerzésre vonatkozó irányelvek közötti kapcsolatról. A görög kormány érélyesen érvelt a Bizottság azon javaslata ellen, hogy az állami szektorra vonatkozó irányelvek párhuzamos olvasata segíthet a 93/38 irányelv értelmezésében. Azt állítja, hogy az utóbbi irányelv kifejezetten a közszolgáltatók szektorra vonatkozó szabályok rendszerét vezeti be, és helytelen lenne ezeknek az építési beruházásra vagy az árubeszerzésre irányuló szerződésekre vonatkozó szabályokkal való összehasonlítása. Nem értek egyet ezzel az érveléssel. Elszigetelt jogi rendelkezések nagyon ritkán fordulnak elő. A szabályokat szövegösszefüggésbe kell helyezni, működésük tágabb jogi környezetében olvasva válnak értelmezhetővé. A közbeszerzés területén a Bíróság a közbeszerzési irányelvekre gyakran hivatkozott úgy, mint közös célokat követő és közös elveken nyugvó szabályok csoportjára. Már említettem a Bizottság kontra Olaszország ügyet, amelyben a Bíróság megállapította, hogy a 92/50,¹² a 93/36,¹³ a 93/37 és a 93/38 irányelv közös

11 – Ahogyan a Bizottság kiemeli, a „rugalmasság”-nak ezt a megközelítést a 93/38 irányelv közbeszerzési szabályai természetének magyarázataként analógia útján a 93/38 irányelv helyébe lépő új ágazati irányelv (28) preambulumbekzdése is alátámasztja. A postai szolgáltatásokkal kapcsolatosan megállapítja, hogy: „a postai szolgáltatásokat nyújtó ajánlatkérők által odaítélt szerződések ezen irányelv szabályainak kell alávetni – beleértve a 30. cikkben foglaltakat –, amelyek, biztosítva a (9) preambulumbekzdésben említett elvek alkalmazását, keretet teremtenek a tisztességes kereskedelmi gyakorlathoz, és nagyobb mértékű rugalmasságot biztosítanak, mint a 2004/18/EK irányelv [...]”. Itt az új ágazati irányelvet hasonlítják össze az állami szektorra vonatkozó új irányelvvel annak kifejtése érdekében, hogy az előbbinek a rendelkezései milyen értelemben rugalmasabbak az utóbbiéinál.

12 – A szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelv (HL 1992 L 209., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 322. o.).

13 – Az árubeszerzésre irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/36/EGK tanácsi irányelv (HL 1993 L 199., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 2. kötet, 110. o.).

célja a versenyellenes gyakorlatok megszüntetése a közbeszerzésben,¹⁴ és vannak más újabb keletű példák, amelyekben a Bíróság által használt nyelvezet jelzi, hogy a közbeszerzési irányelveket rendszerben és koherens módon kell megközelíteni.¹⁵ A Bíróság megfeledezett volna arról a tényről, hogy minden irányelv a közbeszerzés más-más területét szabályozza, és hogy az általuk létrehozott szabályok között különbségek vannak? Nyilvánvalóan nem. A Bíróság azt kívánta kimondani, hogy az irányelvek különbözőségük ellenére szabályok rendszerét alkotják, melyek közös célja annak biztosítása, hogy a közbeszerzési eljárások tisztességesek, nyilvánosak és hatékonyak legyenek.

A szerződéses feltételek

19. Tekintettel arra, hogy a 20. cikk (2) bekezdése a) pontjának három feltétele közül a második nem teljesült, a DEI nem alkalmazhatta volna ezt a rendelkezést, függetlenül attól, hogy az eredeti szerződéses feltételek változatlanok maradtak-e. Azonban a teljesség kedvéért röviden kifejttem, miért gondolom azt, hogy a Bizottságnak igaza van, amikor azt állítja, hogy az eredeti feltételek lényegesen módosultak.

18. Úgy vélem, megállapítható, hogy az elutasított ajánlat „nem megfelelőnek” történő minősítésével és a pályázati felhívás közzétételének elmulasztásával a DEI megsértette a 93/38 irányelv 20. cikkének (2) bekezdéséből eredő kötelezettségét.

20. A második pályázati felhívás rögzítette, hogy az ajánlatkérő által megkövetelt műszaki előírások és az ajánlattevők által ajánlottak között nem lehetnek eltérések. Azonban azokat az ajánlatokat, amelyek nem feleltek meg teljes mértékben ezeknek az előírásoknak, el lehetett fogadni, feltéve, hogy az eltérések az ajánlattevő által használni kívánt berendezés műszaki jellemzőjéhez kapcsolódtak, azok az ajánlati dokumentumban külön fel voltak sorolva, és nem voltak hatással a hőerőmű alapvető teljesítményére. Ilyen esetben az ajánlattevő nem köteles az eltérések kijavítására és az ezzel járó további anyagi teher viselésére. Az eljárás harmadik szakaszában azonban felkérték az ajánlattevőket, hogy javítsák ki a korábbi ajánlataikban található eltéréseket, viselve ennek költségeit, és nyújtsanak be erre vonatkozóan kötelező jellegű nyilatkozatot.

14 – A C-412/04. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben hozott ítélet 2. pontja.

15 – Lásd többek között a C-373/00. sz. Truley-ügyben hozott ítélet (EBHT 2003., I-1931. o.) 42. pontját („az állandó ítélkezési gyakorlat szintén megmutatja, hogy a közösségi közbeszerzési irányelvek célja azon kockázat kizárása, hogy a nemzeti ajánlattevők vagy részvételre jelentkezők bármilyen, az ajánlatkérők által lefolytatott közbeszerzési eljárás során előnyben részesüljenek, valamint egyidejűleg azon lehetőség kizárása, hogy valamely, az állam vagy a területi önkormányzatok, illetve egyéb közjogi intézmény által finanszírozott vagy felügyelt közjogi intézményt gazdasági szempontoktól eltérő megfontolások vezéreljenek”); a presstext-ügyben hozott ítélet 31. pontját („Az ítélkezési gyakorlatból következik, hogy a közbeszerzésre vonatkozó közösségi szabályok elsődleges célja a szolgáltatások szabad mozgásának biztosítása és a tisztességes verseny megnyitása valamennyi tagállamban”). A C-513/99. sz. Concordia Bus Finland ügyben hozott ítélet (EBHT 2002., I-7213. o.) 91. pontjában a Bíróság szintén megállapította, hogy „semmi ok sincs e két, a közösségi jog azonos területére vonatkozó és lényegében azonos szövegezésű rendelkezés eltérő értelmezésére”. A Bíróság itt kimondja, hogy az értelmezendő rendelkezések lényege a döntő, és mennyiben a lényeg azonos, az értelmezésnek is azonosnak kell lennie.

21. A görög kormány úgy érvel, hogy a 20. cikk (2) bekezdése nem tiltja az eredeti szerződéses feltételek minden módosítását, csupán a „jelentőseket”. Amikor a tárgyaláson az előadó bíró megkérdezte, hogy a [görög] kormány hogyan tudja összeegyeztetni azon állítását, miszerint a második fordulóban benyújtott öt ajánlat közül egyik sem volt megfelelő, és a harmadik fordulóban jelentős változások nem voltak megengedettek, azzal a ténnyel, hogy a szerződést végül azon öt ajánlattevő egyikének ítélték oda, amelyek ajánlatát eredetileg elutasították, a [görög] kormány jogi képviselője úgy nyilatkozott, hogy a harmadik fordulóban a DEI által kért módosítások csupán a második fordulóban megállapított és az ajánlatok elutasítását eredményező műszaki előírásokkal kapcsolatos eltérésekre vonatkoztak, míg a többi szerződéses feltétel változatlan maradt.

22. Abban egyetértek a [görög] kormánnyal, hogy a releváns ismerv a szerződéses feltételek módosításának *jelentős* jellege, azonban nem vagyok arról meggyőződve, hogy a szóban forgó módosítás jelentéktelen volt, vagy hogy a 20. cikk (2) bekezdésének a) pontja szempontjából nem volt elég jelentős. A harmadik fordulóban egy fontos új feltételt vezettek be: az ajánlattevőknek valamennyi eltérést ki kellett javítaniuk, azok költségének viselése mellett, míg a második fordulóban a közbeszerzési hirdetményi feltételei szerint az ilyen eltéréseket el lehetett volna fogadni. Az ajánlatkérő nyilvánvalóan maga is fontosságot tulajdonított ennek az új kötelezettségnek, máskülönben nem kérte volna az eljárásban részt vevő ajánlattevőket, hogy erre vonatkozóan kötelező jellegű nyilatkozatokat nyújtsanak be. Hasonlóképpen, az ajánlattevők szemszögéből, a szerződéses feltételek ilyen

módosítása valóban jelentős, hiszen eleve kizárja azokat, akik nem képesek vagy nem kívánják kijavítani az eredeti ajánlatuk eltéréseit, valamint viselni a felmerülő költségeket. Az eredeti szerződéses feltételek ilyen módosítását mindig „jelentősnek” kell tekinteni. Ezenfelül, ahogyan azt már korábban is kiemelttem, az olyan rendelkezést, mint amilyen a 20. cikk (2) bekezdésének a) pontja, amely lehetővé teszi egy ajánlatkérő számára, hogy pályázati felhívás nélkül ítéljen oda egy szerződést, szigorúan kell értelmezni, tekintettel arra, hogy az az átláthatóság Szerződésen alapuló szabálya alóli kivételt képez. Erre tekintettel az ajánlatkérők a pályázati felhívást csak annyiban módosíthatják, amennyiben egyértelmű, hogy a szóban forgó módosítás sem ténylegesen, sem potenciálisan nem tudja befolyásolni a közbeszerzési eljárást. Jelen ügyben a szerződéses feltételek módosításáról nem mondható el, hogy az jelentéktelen lenne, vagy hogy a 20. cikk (2) bekezdésének a) pontja szempontjából nem lenne elég jelentős.

23. Mivel a DEI a második fordulóban benyújtott öt ajánlatot azért utasította el, mert azok nem feleltek meg teljes mértékben a megkövetelt műszaki előírásoknak, gyakorlatilag lehetetlen volt a szerződésnek a harmadik fordulóban ezen öt ajánlattevő egyikének való odaítélése ajánlatának ezt megelőző módosítása nélkül. A DEI tehát a harmadik fordulóban módosította a szerződéses feltételeket annak biztosítása érdekében, hogy az ajánlattevők vállalják az eltérések kijavításának kötelezettségét, és felkérte őket, hogy készítsenek új pénzügyi ajánlatot, amely

magában foglalja a vonatkozó költségeket. Amennyiben a DEI új pályázati felhívást tett volna közzé, az teljes mértékben megfelelő eljárás lett volna. A DEI ehelyett csak egyes ajánlattevőket kért fel ajánlat benyújtására, annak ellenére, hogy az eredeti szerződéses feltételek jelentősen módosultak. Ezzel megsértette a 93/38 irányelv 20. cikke (2) bekezdésének a) pontját.

Sürgősség

24. A 93/38 irányelv 20. cikke (2) bekezdésének d) pontja úgy rendelkezik, hogy előzetes pályázati felhívás nélküli eljárás alkalmazható „annyan, amennyiben feltétlenül szükséges, akkor ha az érintett ajánlatkérő által előre nem látható események által okozott rendkívüli sürgősségi okokból a nyílt vagy meghívásos eljárás határidejét nem lehet betartani”. A Bizottság úgy érvel, hogy amilyen módon a DEI-nek a második fordulóban részt vevő öt ajánlattevőhöz írt levelében a pályázati felhívás mellőzése melletti döntést alátámasztották (például a hivatkozások Kréta villamos energia iránti „sürgős igényre”, „a két egység üzembe helyezéséhez szükséges időre”, „az előre nem látható késésekre”), az arra utal, hogy a DEI nem csupán a 20. cikk (2) bekezdésének a) pontjára, hanem a 20. cikk (2) bekezdésének d) pontjára is támaszkodott. A görög kormány nem ért ezzel egyet. Úgy érvel, hogy a DEI kezdettől fogva csak a 20. cikk (2) bekezdésének a) pontjára támaszkodott, és egyértelművé tette, hogy a pályázati felhívás nélküli eljárás indoka az volt, hogy a korábbi két forduló eredményes kimenetel nélkül zárult. Az „ügy teljes előzménye” megfogalmazás alatt ezt értették. A helyzet sürgősségére való hivatkozás kiegészítő jellegű volt, jelezve, hogy a DEI által

figyelembe vett tényezők egyike az volt, hogy gyorsan kellett cselekednie.

25. Igaz, hogy a 2004. december 14-i levél megfogalmazása azt a benyomást kelti, hogy a DEI a sürgősséget mint azon okok egyikét használja fel, melyek az előzetes pályázati felhívás nélküli eljárást igazolják. Nem egyértelmű azonban, hogy ezt a 20. cikk (2) bekezdésének d) pontja szerinti önálló igazolásként alkalmazzák-e. Mindenesetre, mivel a görög kormány nem támaszkodott erre a pontra, a Bíróságnak nem szükséges ezt a kérdést tovább vizsgálnia.

II – Az indokolás késedelme

26. A 93/38 irányelv 41. cikkének (4) bekezdése a következőket írja elő: „[a]z I., II., VII., VIII. és IX. mellékletben említett tevékenységeket végző ajánlatkérők az írásbeli kérés kézhezvételének napja után a lehető leghamarabb közlik valamennyi kizárt jelölttel vagy ajánlattevővel kérelmük vagy ajánlatuk elutasításának okát, és az elfogadható ajánlatot készítő ajánlattevőkkel a kiválasztott ajánlat jellemzőit és viszonylagos előnyeit, valamint a nyertes ajánlattevő nevét.” A Bizottság úgy érvel, hogy a sikertelen ajánlattevők részére ajánlatuk elutasítása indokolásának két hónapos késedelme nem tekinthető „lehető leghamarabbnak” e rendelkezés szempontjából. A görög kormány elismeri, hogy volt némi késedelem, azonban azt állítja, hogy

a 41. cikk (4) bekezdése megsértésének megállapítása során az a döntő, hogy az ajánlattevő sérelmet szenvedett-e közösségi jogainak gyakorlásában. A tárgyaláson a [görög] kormány jogi képviselője előadta továbbá, hogy a 41. cikk (4) bekezdése kezeltetésének történetéből kitűnik – a Bizottság eredetileg 15 napos határidőt javasolt az indoklás megadására, hasonlóan az állami szektorra vonatkozó irányelvekhez, és amikor az Európai Parlament elutasította a javaslatot, akkor fogadták el a „lehető leghamarabb” fordulatot –, hogy az ajánlatkérőknek bizonyos mozgásteret kell biztosítani az ajánlatok elutasításának indoklására irányuló kérelmek kezelése során. A görög kormány álláspontja szerint, tekintettel arra, hogy jelen ügyben a sikertelen ajánlattevőnek lehetősége volt jogorvoslati kérelem benyújtására az ajánlatkérő határozatának jogszerűségi felülvizsgálata iránt, nem mondható az, hogy a DEI nem felelt meg az irányelvnek azáltal, hogy két hónappal később válaszolt a megkeresésre.

27. Egyetértek a [görög] kormánnyal abban, hogy a „lehető leghamarabb” kifejezésnek egy adott határidőre való hivatkozás nélküli használata azt jelenti, hogy a 41. cikk (4) bekezdését nem szabad túl mereven megközelíteni. Az a tény, hogy az állami szektorra vonatkozó irányelvek kifejezetten előírják a 15 napos határidőt,¹⁶ míg a közszolgáltatókra vonatkozó 93/38 irányelv nem, hallgatólagosan az jelenti, hogy a közösségi jogalkotó szándékosan hagyta, hogy esetről esetre döntsék el

annak kérdését, hogy az ajánlatkérő milyen gyorsan köteles választ adni.

28. Annak megállapítása érdekében, hogy az adott esetben mi minősül „lehető leghamarabb” válasznak, az egyik figyelembe veendő tényező az, hogy az ajánlattevőnek volt-e lehetősége a közösségi és a nemzeti jog által biztosított jogorvoslatok igénybevételére a határozat jogszerűségének bírósági felülvizsgálata érdekében. Ha az ajánlatkérő nem fejt ki, hogy egy adott ajánlatot miért utasított el, a sikertelen ajánlattevő valóban nem tudhatja, hogy van-e értelme a határozattal szemben jogorvoslatért folyamodni, és hogy ezt milyen alapon tehetné meg.

29. A 41. cikk (4) bekezdésének azonban csupán egyik célja a közbeszerzési eljárásban részt vevő ajánlattevők érdekeinek védelme. Ez a rendelkezés a közbeszerzési eljárás, mint olyan, feddhetetlenségének és hatékonyságának védelmét is szolgálja; jelen esetben maguk az ajánlatkérők, végső soron pedig az adófizetők a kedvezményezettek. Erre tekintettel a „lehető leghamarabb” kifejezés értelmezése során emlékezni kell arra, hogy az ajánlatkérőknek az indokolás megfelelő időben történő megadására vonatkozó kötelezettsége visszaszorítja a részrehajlást, és elősegíti a közösségi jog követelményeinek való megfelelést. A 41. cikk (4) bekezdése eljárási garanciát jelent, mely elősegíti annak biztosítását, hogy valamely ajánlat elutasításának indoka ne csupán ürügy legyen a szer-

¹⁶ – A 93/37 irányelv 8. cikkének (1) bekezdése; a 93/36 irányelv 7. cikkének (1) bekezdése; a 92/50 irányelv 12. cikkének (1) bekezdése.

ződés önkényesen történő odaítélésére. Más szóval, ez a szabály elrettentő szereppel bír: az olyan ajánlatkérő, aki tudja, hogy az egyik ajánlat kiválasztását követően rögtön megkérlik majd döntésének igazolására, és meg kell magyaráznia, hogy a többiekét miért utasította el, kevésbé valószínű, hogy eltér a közösségi közbeszerzési szabályoktól.

30. Az indokolás iránti kérelem megválaszolásában való túlzott késedelem jelentősen csökkenti továbbá a hatékonyságot. Jelen esetben például maga a DEI hangsúlyozta, hogy Kréta szigetének *sürgősen* további villamosenergia-készletre volt szüksége. Azonban a projektet két hónappal késleltette azáltal, hogy nem magyarázta meg, miért választott ki egy bizonyos ajánlattevőt, és miért utasította el a többi. A görög kormány semmivel nem támasztotta alá a DEI lassúságát, amely nehezen egyeztethető össze a szóban forgó szerződés sürgős jellegével. Mivel különböző tagállamokban számos nagy projektet finanszíroznak bizonyos mértékig közösségi költségvetésből, ésszerűen elvárható, hogy az ajánlatkérők a közösségi közbeszerzési szabályokat a hatékonyság szükségességére figyelemmel alkalmazzák.

31. Szintén meg kell jegyezni, hogy a 93/38 irányelv helyébe lépő új ágazati irányelv 49. cikkének (2) bekezdése úgy rendelkezik, hogy az ajánlatkérők kötelesek a sikertelen ajánlattevőket „a lehető leghamarabb” tájékoztatni ajánlatuk elutasításának indokairól, és hogy „[a]z erre rendelkezésre álló idő semmiképpen nem haladhatja meg az írásbeli kérelem beérkezésétől számított 15 napot”. Az irányelv alkotói maguk meghatározták, hogy mi az indokolás megadásának elfogadható határideje, és így az ajánlatkérőket minden mérlegeléstől megfosztották. Jelen ügyet – időbeli hatályuknál fogva – kétségkívül a 93/38 irányelv, és nem a 2004/17 irányelv alapján kell eldönteni. Nem hagyhatjuk azonban figyelmen kívül azt a tényt, hogy a közösségi jogalkotó úgy döntött, akármilyen megfontolások igazolták is a múltban ennek a kérdésnek a rugalmasabb megközelítését a közszolgáltatási szektorban, ezek többé nem állnak fenn. E körülmények között a közszolgáltatók jelenleg ugyanazon, szigorúbb szabály alá tartoznak, mint az árubeszerzésre és szolgáltatásnyújtásra vonatkozó szerződések, és e szabály előírja, hogy a 15 napos határidő semmiképpen nem léphető túl. Annak ellenére, hogy ez a rendelkezés jelen esetben nem alkalmazandó, nyilvánvalóan mesterkélt lenne azt javasolni, hogy a Bíróság hagyja figyelmen kívül. Végül, a 93/38 irányelv alapján esetről esetre kell eldönteni, hogy mi minősül ésszerű késedelemnek, figyelembe véve a célszerűség általános szükségességét a közbeszerzésben, amely nem korlátozódik az ajánlattevők jogainak védelmére. Úgy vélem tehát, hogy a „lehető leghamarabb” történő válaszadás fogalmát szűken kell értelmezni, figyelembe véve a közbeszerzés más területein szokásos határidőket. Az a véleményem, hogy a DEI-nek a sikertelen ajánlattevő részére történő indokolás megadásának két hónapos késedelme – a közbeszerzésben alkalmazott szokásos határidőt egyértelműen meghaladó késedelem bármilyen külön igazolása nélkül – a 93/38 irányelv 41. cikke (4) bekezdésének megsértését jelenti.

III – Véggövetkeztetések

32. Azt javasolom, a Bíróság állapítsa meg, hogy Görögország, azáltal hogy a DEI-n keresztül elmulasztott pályázati felhívást közzétenni és a sikertelen ajánlattevő részére a lehető leghamarabb megindokolni ajánlatának elutasítását, nem teljesítette a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/38/EGK irányelv 20. cikkének (2) bekezdéséből és 41. cikkének (4) bekezdéséből eredő kötelezettségeit.