TEISINGUMO TEISMO (didžioji kolegija) SPRENDIMAS

2010 m. balandžio 13 d.*

Byloje C-91/08

dėl *Landgericht Frankfurt am Main* (Vokietija) 2008 m. sausio 28 d. sprendimu, kurį Teisingumo Teismas gavo 2008 m. vasario 28 d., pagal EB 234 straipsnį pateikto prašymo priimti prejudicinį sprendimą byloje

Wall AG

prieš

Frankfurto miestą,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Proceso kalba: vokiečių.

dalyvaujant

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

TEISINGUMO TEISMAS (didžioji kolegija),

kurį sudaro pirmininkas V. Skouris, kolegijų pirmininkai A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (pranešėjas), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, R. Silva de Lapuerta ir C. Toader, teisėjai C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadjiev ir J.-J. Kasel,

generalinis advokatas Y. Bot,
posėdžio sekretorius K. Malacek, administratorius,

atsižvelgęs į rašytinę proceso dalį ir įvykus 2009 m. birželio 9 d. posėdžiui,

išnagrinėjęs pastabas, pateiktas:

— *Wall AG*, atstovaujamos *Rechtsanwalt* H. J. Otto bei *Justitiare* C. Friese ir R. von zur Mühlen,

— Frankfurto prie Maino miesto, atstovaujamo *Rechtsanwälte* L. Horn ir J. Sommer bei *Justitiar* B. Weiß,

— Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, atstovaujamos Rechtsanwalt H. Höfler,

— *Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH*, atstovaujamos *Rechtsanwälte* F. Hausmann ir A. Mutschler-Siebert,

— Vokietijos vyriausybės, atstovaujamos M. Lumma ir J. Möller,

— Danijos vyriausybės, atstovaujamos B. Weis Fogh,

— Nyderlandų vyriausybės, atstovaujamos C. Wissels ir Y. de Vries,

— Austrijos vyriausybės, atstovaujamos M. Fruhmann,

— Suomijos vyriausybės, atstovaujamos A. Guimaraes-Purokoski,

— Jungtinės Karalystės vyriausybės, atstovaujamos S. Ossowski, padedamo baristerio J. Coppel,

— Europos Bendrijų Komisijos, atstovaujamos D. Kukovec, B. Schima ir C. Zadra,

— ELPA priežiūros institucijos, atstovaujamos N. Fenger, B. Alterskjær ir L. Armati,

susipažinęs su 2009 m. spalio 27 d. posėdyje pateikta generalinio advokato išvada,

priima šį

Sprendimą

1 Prašymas priimti prejudicinį sprendimą susijęs su EB 12, 43 bei 49 straipsnių, vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principų bei iš jų kylančios skaidrumo pareigos aiškinimu, kiek tai susiję su paslaugų koncesijos suteikimu.

2 Šis prašymas pateiktas nagrinėjant ginčą tarp *Wall AG* (toliau – *Wall*) ir Frankfurto prie Maino miesto (toliau – Frankfurto miestas) dėl paslaugų koncesijos šio miesto teritorijoje eksploatuoti ir prižiūrėti tam tikrus viešuosius tualetus suteikimo.

Teisinis pagrindas

3 1980 m. birželio 25 d. Komisijos direktyvos 80/723/EEB dėl finansinių santykių tarp valstybių narių ir valstybinių įmonių skaidrumo ir dėl finansinio skaidrumo tam tikrose įmonėse (OL L 195, p. 35; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 1 t., p. 20), iš dalies pakeistos 2000 m. liepos 26 d. Komisijos direktyva 2000/52/EB (OL L 193, p. 75; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 8 sk., 2 t., p. 11, toliau – Direktyva 80/723), 2 straipsnyje numatyta:

„1. Šioje direktyvoje:

<...>

b) „valstybinė įmonė“ – tai bet kuri įmonė, kuriai valdžios institucijos tiesiogiai ar netiesiogiai gali daryti lemiamą įtaką dėl to, kad yra jos savininkės, dėl finansinio dalyvavimo įmonėje arba dėl to, kad tai numato įmonių veiklą reglamentuojančios taisyklės;

<...>

2. Preziumuojama, kad dominuojanti valdžios institucijų įtaka yra tada, kai minėtosios institucijos tiesiogiai arba netiesiogiai įmonėje:

a) turi didžiąją dalį įmonės pasirašyto kapitalo arba

b) kontroliuoja didžiąją dalį su įmonės išleistomis akcijomis susijusių balsų; arba

c) gali paskirti daugiau kaip pusę įmonės administracijos, valdymo arba priežiūros tarnybos narių.“

4 Pagal 1992 m. birželio 18 d. Tarybos direktyvos 92/50/EEB dėl viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 209, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 1 t., p. 32), iš dalies pakeistos 2001 m. rugsėjo 13 d. Komisijos direktyva 2001/78/EB (OL L 285, p. 1; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 4 t., p. 94, toliau – Direktyva 92/50), 1 straipsnio b punktą:

„b) perkančiosios organizacijos – tai valstybės, regioninės ar vietos valdžios institucijos, viešosios teisės reglamentuojamos įstaigos, taip pat asociacijos, kurias sudaro viena ar daugiau tokių valdžios institucijų arba viešosios teisės reglamentuojamų įstaigų.

Viešosios teisės reglamentuojama įstaiga, tai:

— nepramoninė ir nekomercinė įstaiga, turinti konkretų tikslą – tenkinti visuotinės svarbos interesus,

— įstaiga, turinti juridinio asmens statusą,

ir

— įstaiga, didžiąja dalimi finansuojama valstybės, regioninės ar vietos valdžios institucijų arba kitų viešosios teisės reglamentuojamų įstaigų; arba kurių valdymą prižiūri tokios įstaigos; arba turinti administravimo, valdymo ar priežiūros valdybą, kurios daugiau negu pusė narių skiriami valstybės, regioninės ar vietos valdžios institucijų ar kitų viešosios teisės reglamentuojamų įstaigų.

<...>“

5 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134; p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132) 17 straipsnyje numatyta:

„Nepažeidžiant 3 straipsnio taikymo, ši direktyva netaikoma paslaugų koncesijoms, kaip apibrėžta 1 straipsnio 4 dalyje.“

6 Direktyvos 2004/18 80 straipsnio 1 dalies pirmoje pastraipoje teigiama:

„Valstybės narės ne vėliau kaip iki 2006 m. sausio 31 d. priima įstatymus ir kitus teisės aktus, būtinus, kad būtų laikomasi šios direktyvos. Apie tai jos nedelsdamos praneša Komisijai.“

7 Pagal šios direktyvos 82 straipsnio pirmą pastraipą:

„Direktyva 92/50/EEB, išskyrus jos 41 straipsnį, ir direktyvos 93/36/EEB bei 93/37/EEB netenka galios nuo 80 straipsnyje nurodytos datos, nepažeidžiant valstybių narių įsipareigojimų dėl galutinių perkėlimo į nacionalinę teisę ir taikymo terminų, nurodytų XI priede."

Pagrindinė byla ir prejudiciniai klausimai

8 *Wall* eksploatuoja gatvėse ir viešosiose vietose esančius reklamos plotus ir tuo tikslu, be kita ko, gamina, montuoja, prižiūri ir valo viešuosius tualetus.

9 *Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH* (toliau – FES) yra privatus juridinis asmuo, uždaroji akcinė bendrovė, remiantis jos įstatais, veikianti atliekų šalinimo bei tvarkymo, miesto valymo ir eismo saugos srityse viešosios valdžios institucijų ir privačių asmenų užsakymu. Frankfurto miestui priklauso 51 % FES akcijų, likę 49 % priklauso privačiai įmonei. FES sprendimai priimami trijų ketvirtadalių visuotinio susirinkimo balsų dauguma. Iš 16 FES stebėtojų tarybos narių pusę skiria akcininkai. Darbuotojai skiria aštuonis narius, o kiekvienas iš dviejų akcininkų – po keturis. Frankfurto miestas turi teisę siūlyti stebėtojų tarybos pirmininką, kurio balsas yra lemiamas balsams pasiskirsčius po lygiai. FES dirba apie 1 400 darbuotojų, iš kurių apie 800 atlieka darbus Frankfurto miestui.

10 FES apyvarta iš veiklos Frankfurto miestui yra 92 mln. EUR, o iš veiklos kitiems privatiems ir viešiesiems subjektams – 52 mln. EUR. 2005 m. FES apyvartą iš veiklos

Frankfurto miestui sudarė: atliekų šalinimo veikla – 51,3 mln. EUR, miesto valymo veikla – 36,2 mln. EUR.

11 2002 m. gruodžio 18 d. Frankfurto miestas savo oficialiajame leidinyje paskelbė „savanorišką ES masto skelbimą“ apie konkursą paslaugų koncesijos sutarčiai dėl 11 miesto viešųjų tualetų eksploatacijos, priežiūros, aptarnavimo ir valymo sudaryti 16 metų laikotarpiui. Iš šių vienuolikos viešųjų tualetų du – būtent Rödelheim stotyje ir Galluswarte – reikėjo įrengti naujai. Atlygis už šias paslaugas turėjo būti tik teisė imti rinkliavą už naudojimąsi įrenginiais ir teisė sutarties galiojimo laikotarpiu naudotis reklamos plotais ant tualetų ir jų viduje bei kitose viešosiose vietose Frankfurto miesto teritorijoje.

12 2003 m. liepos 4 d. Frankfurto miestas pakvietė suinteresuotas įmones pateikti pasiūlymus. Prie šio kvietimo pridėtas paslaugų koncesijos sutarties projektas, pagal kurio 18 straipsnio 2 dalį ir 30 straipsnio 4 dalį subrangovą keisti leidžiama tik gavus šio miesto sutikimą.

13 Pasiūlymus pateikė *Wall*, FES ir kitos trys įmonės, taip pat įsteigtos Vokietijoje.

14 Iš prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, kad FES pasiūlyme pateiktame projekte ši įmonė nurodė: „Įžanga – <...> [Frankfurto miesto] paskelbtas konkursas suteikia FES galimybę kartu su tokia kompetentinga ir patyrusia partnere, kokia yra [*Wall*], atnaujinti viešųjų tualetų įrangą ir aprūpinimo tinklą bei užtikrinti realų ir atsakomybe darbuotojų atžvilgiu pagrįstą refinansavimą <...>. Galluswarte – <...> Suderinus su valdžios institucijomis, po priemiesčio traukinio tiltu bus įrengtas visiškai automatizuotas *Wall* tualetas „City-WC“ <...> Rödelheim stotis – Kadangi Rödelheim stoties tualetai pagal teritorijos pertvarkymo planą bus nugriauti, vadovaujantis esamais planais bus įrengtas visiškai automatizuotas *Wall* tualetas „City-WC“ <...>.

Saugos projektas – <...> Tualetuose „City-WC“ yra visiškai automatinis savaiminio valymo mechanizmas. Reklamos projektas – <...> Reklamos plotai bus panaudojami pasitelkiant tarpininką: patyrusią ir visame pasaulyje reklamos srityje veikiančią FES partnerę [*Wall*], <...>. Naudosimos reklamos laikmenos – Bus naudojami šiuolaikiški ir estetiški [*Wall*] gaminiai <...>.“

15 *Wall* yra kelių patentų, susijusių su tualetų „City-WC“ veikimu, savininkė.

16 2004 m. kovo 18 d. *Wall* buvo pašalinta iš suteikimo procedūros ir jos pasiūlymas atmestas.

17 2004 m. birželio 9 d. koncesija suteikta FES. 2004 m. liepos 20 ir 22 d. Frankfurto miestas su ja sudarė sutartį laikotarpiui iki 2019 m. gruodžio 31 d. (toliau – koncesijos sutartis). Remiantis sprendimu dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, FES projektai, dėl kurių sutarta per derybas, buvo įtraukti į sutartį. Tačiau savo rašytinėse pastabose Frankfurto miestas teigia, kad FES projekte pateikti duomenys į koncesijos sutarties turinį neįtraukti. Įtraukta tik nuoroda, jog *Wall* bus tarp FES subrangovų.

18 Išnagrinėjus koncesijos sutarties tekstą, pateiktą kartu su nacionalinės bylos medžiaga, paaiškėjo, kad sutartyje *Wall* nurodyta kaip subrangovas, tačiau nepateiktos kitos detalės dėl jos gaminių ar paslaugų.

19 Koncesijos sutarties 18 straipsnio 2 dalyje numatyta, kad FES viešųjų tualetų statybos darbus atlieka pati ir (arba) pasitelkdama subrangovus, tarp jų – *Wall*. Šioje nuostatoje teigiama, kad subrangovą keisti leidžiama tik gavus raštišką Frankfurto miesto sutikimą.

20 Tos pačios sutarties 30 straipsnio 4 dalyje nurodyta, kad *Wall* yra FES subrangovė, teiksianti reklamos paslaugas pagal aptariamą koncesiją. Pagal šią nuostatą subrangovą keisti leidžiama tik gavus raštišką Frankfurto miesto sutikimą.

21 2005 m. sausio 5 d. FES paprašė *Wall* pateikti pasiūlymą dėl reklamos paslaugų teikimo pagal jai suteitą koncesiją. Be to, pateikti tokį pasiūlymą ji paprašė ir įmonės *Deutsche Städte Medien GmbH* (toliau – DSM).

22 Tuomet 2005 m. birželio 15 d. laišku FES paprašė Frankfurto miesto sutikimo, kad galėtų pakeisti subrangovą į DSM dėl reklaminės medžiagos naudojimo. 2005 m. birželio 21 d. šis miestas pritarė šiam kontrahento pakeitimui.

23 FES šias paslaugas teikti pavedė DSM ir 2005 m. birželio 21 d. su ja sudarė sutartį, pagal kurią DSM turėjo FES mokėti metinį 786 206 EUR mokestį.

24 2005 m. liepos 28 d. FES paprašė pateikti pasiūlymą dėl dviejų „Wall-City-WC“ pristatymo. *Wall* pateikė pasiūlymą, tačiau 2005 m. rugsėjo 7 d. FES jai pranešė, jog gavo palankesnį pasiūlymą ir todėl negali atsižvelgti į *Wall* pasiūlymą.

25 2005 m. spalio 10 d. laišku FES paprašė Frankfurto miesto pritarti subrangovo pakeitimui, kaip numatyta koncesijos sutartyje, kad šiuos viešuosius tualetus tiektų ne *Wall*, o kitos bendrovės.

26 2005 m. gruodžio 19 d. Frankfurto miestas atsakė FES neturintis spręsti viešųjų tualetų įrengimo subrangovo keitimo klausimo, nes, jo manymu, dabar darbus atlikti FES ketina savo pačios ištekliais ir atsakomybe. Frankfurto miestas kartu pažymėjo, jog mano, kad bus užtikrinti sutarties dokumentuose aprašyti reikalavimai.

27 *Wall* pateikė ieškinį prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusiam teismui prašydama nurodyti FES, pirma, nevykdyti su DSM sudarytos sutarties dėl reklamos paslaugų ir, antra, nesudaryti su trečiaisiais asmenimis sutarties dėl dviejų viešųjų tualetų, kurie turėjo būti iš naujo įrengti, statybos ir (arba) nevykdyti tokios sutarties. *Wall* taip pat prašė nurodyti Frankfurto miestui nepritarti tam, kad FES sudarytų sutartį dėl šių dviejų viešųjų tualetų pastatymo su kita nei ji šalimi. Subsidiariai *Wall* prašė priteisti iš Frankfurto miesto ir FES solidariai jai sumokėti 1 038 682,18 EUR sumą bei palūkanas.

28 Tokiomis aplinkybėmis *Landgericht Frankfurt am Main* nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šiuos prejudicinius klausimus:

„1. Ar vienodo požiūrio principą ir diskriminacijos dėl nacionalinės priklausomybės draudimą Bendrijos teisėje, įtvirtintus EB 12, 43 ir 49 straipsniuose, reikia aiškinti taip, kad iš jų kylanti valdžios institucijų skaidrumo pareiga, t. y. pareiga suteikiant paslaugų koncesijas užtikrinti tinkamą konkurencijos viešumo laipsnį ir leisti patikrinti suteikimo procedūros nešališkumą (žr. 2000 m. gruodžio 7 d. Teisingumo Teismo sprendimo *Telaustria*, C-324/98, Rink. p. I-10745, 60–62 punktus; 2005 m. liepos 21 d. Sprendimo *Coname*, C-231/03, Rink. p. I-7287, 17–22 punktus; 2005 m. spalio 13 d. Sprendimo *Parking Brixen*, C-458/03, Rink. p. I-8585, 46–50 punktus; 2006 m. balandžio 6 d. Sprendimo *ANAV*, C-410/04, Rink. p. I-3303, 21 punktą ir 2007 m. rugsėjo 13 d. Sprendimo *Komisija prieš Italiją*, C-260/04, Rink. p. I-7083, 24 punktą), reikalauja nacionalinėje teisėje užtikrinti konkurso nelaimėjusiam dalyviui teisę dėl gresiančio šios pareigos pažeidimo ir (arba) dėl tokio pažeidimo nutraukimo pareikšti ieškinį dėl veiksmų uždraudimo?

2. Jei į pirmąjį klausimą būtų atsakyta neigiamai, ar pirmiau minėta skaidrumo pareiga priskiriama paprotinei Europos Bendrijų teisei ta prasme, kad ji taikoma nuolat ir nuosekliai, vienodai ir bendrai, o suinteresuotieji teisės subjektai pripažįsta ją privaloma norma?

3. Ar pirmajame klausime nurodyta skaidrumo pareiga ir numatomo paslaugų koncesijos sutarties pakeitimo atveju – įskaitant konkurse nurodyto subrangovo pakeitimą – reikalauja atnaujinti derybas šiuo klausimu, kad būtų konkurencija, užtikrinant tinkamą viešumo laipsnį, ir prireikus pagal kokią tvarką turėtų būti vykdomas toks atnaujinimas?

4. Ar pirmajame klausime nurodytus principus ir skaidrumo pareigą reikia aiškinti taip, kad, paslaugų koncesijos atveju pažeidus pareigą, dėl pažeidimo sudaryta sutartis, kuria siekiama sukurti ar pakeisti ilgalaikę prievolę, turi būti nutraukta?

5. Ar pirmajame klausime nurodytus principus ir skaidrumo pareigą bei EB 86 straipsnio 1 dalį, prireikus atsižvelgiant į [Direktyvos 80/723] 2 straipsnio 1 dalies b punktą ir 2 dalį bei [Direktyvos 2004/18] 1 straipsnio 9 dalį, reikia aiškinti taip, kad ši skaidrumo pareiga taikoma įmonei kaip valstybės įmonei ar perkančiajai organizacijai, kai

   — ji buvo įsteigta viešosios valdžios subjekto atliekų šalinimo ir gatvių valymo tikslu, bet veikia ir laisvojoje rinkoje,

— šiam viešosios valdžios subjektui priklauso 51 % įmonės akcijų, tačiau akcininkų sprendimai gali būti priimami tik trijų ketvirtadalių balsų dauguma,

— šis viešosios valdžios subjektas skiria tik ketvirtadalį įmonės stebėtojų tarybos narių, įskaitant pirmininką, ir

— daugiau kaip pusė šios įmonės apyvartos gaunama pagal atliekų šalinimo ir gatvių valymo šio viešosios valdžios subjekto teritorijoje sutartis, o šis subjektas turėtas išlaidas susigrąžina iš gyventojams taikomų komunalinių mokesčių?“

Dėl prejudicinių klausimų

Pirminė pastaba

29 Pagrindinė byla susijusi su dviem įvykiais: pirma, sprendimu, kuriuo FES pakeitė subrangovą, teiksiantį reklamos paslaugas pagal jai Frankfurto miesto suteiktą koncesiją (šį pakeitimą įtvirtinusi sutartis šio miesto pritarimu pasirašyta 2005 m. birželio 21 d.), ir, antra, FES ketinimu kitam nei *Wall* ūkio subjektui pavesti iš naujo įrengti du viešuosius tualetus. Šis ketinimas išreikštas 2005 m. spalio 10 d. laišku, kuriuo FES paprašė Frankfurto miesto pritarti tam, kad būtų pakeistas subrangovas šiam darbui atlikti. 2005 m. gruodžio 19 d. laišku šis miestas atsakė FES neturintis spręsti viešųjų tualetų įrengimo subrangovo keitimo klausimo, nes mano, kad dabar darbus atlikti FES ketina savo pačios ištekliais ir atsakomybe. Šis atsakymas sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą aiškinamas kaip Frankfurto miesto sutikimas pakeisti subrangovą dviem viešiesiems tualetams įrengti. Remiantis šiuo aiškinimu,

nagrinėjant prašymą priimti prejudicinį sprendimą kaip atskaitos datą reikia pasirinkti 2005 m. gruodžio 19 d. – dieną, kai Frankfurto miestas, manoma, pritarė FES prašytam subrangovo pakeitimui.

Dėl trečiojo klausimo

30 Savo trečiuoju klausimu, kurį reikia nagrinėti pirmiausia, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas klausia, ar EB 12, 43 ir 49 straipsniuose įtvirtinti vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai bei iš jų kylanti skaidrumo pareiga reikalauja, kai ketinama keisti paslaugų koncesijos sutartį – įskaitant konkurse konkrečiai nurodyto subrangovo pakeitimą, – atnaujinti derybas šiuo klausimu, kad būtų konkurencija, užtikrinant tinkamą viešumo laipsnį, ir prireikus pagal kokią tvarką turėtų būti vykdomas toks atnaujinimas.

31 Šis klausimas susijęs su ankstesniame punkte minėtų normų ir principų taikymu situacijai, kai vykdant paslaugų koncesijos sutartį numatyta pakeisti vieną iš koncesininko subrangovų.

32 Kadangi EB 43 ir 49 straipsniai yra konkreti bendro EB 12 straipsnyje įtvirtinto draudimo diskriminuoti dėl pilietybės išraiška, atsakant į šį klausimą nebūtina remtis šiuo straipsniu (šiuo klausimu žr. 2001 m. kovo 8 d. Sprendimo *Metallgesellschaft ir kt.*, C-397/98 ir C-410/98, Rink. p. I-1727, 38 ir 39 punktus bei 2008 m. sausio 17 d. Sprendimo *Lammers & Van Cleeff*, C-105/07, Rink. p. I-173, 14 punktą).

33 Pagal dabar galiojančią Sąjungos teisę paslaugų koncesijos sutartys nereglamentuojamos nė viena direktyva, kuria Sąjungos teisės aktų leidėjas reglamentavo viešųjų pirkimų sritį (minėto Sprendimo *Coname* 16 punktas ir 2008 m. liepos 17 d. Sprendimo *ASM Brescia*, C-347/06, Rink. p. I-5641, 57 punktas). Tačiau tokias sutartis sudarančios viešosios valdžios institucijos privalo laikytis pagrindinių EB sutarties normų, visų pirma EB 43 ir 49 straipsnių bei iš jų kylančios skaidrumo pareigos (šiuo klausimu žr. minėtų sprendimų *Telaustria ir Telefonadress* 60–62 punktus; *Coname* 16–19 punktus ir *Parking Brixen* 46–49 punktus).

34 Ši skaidrumo pareiga taikoma tais atvejais, kai atitinkama paslaugų koncesija gali dominti įmonę, esančią kitoje valstybėje narėje nei ta, kurioje suteikiama koncesija (šiuo klausimu žr. minėto Sprendimo *Coname* 17 punktą; taip pat pagal analogiją žr. 2007 m. lapkričio 13 d. Sprendimo *Komisija prieš Airiją*, C-507/03, Rink. p. I-9777, 29 punktą bei 2008 m. vasario 21 d. Sprendimo *Komisija prieš Italiją*, C-412/04, Rink. p. I-619, 66 punktą).

35 Aplinkybė, kad pagrindinėje byloje paslaugų koncesija gali dominti kitose valstybėse narėse nei Vokietijos Federacinė Respublika įsteigtas įmones, matyti iš sprendimo dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, kuriame jį priėmęs teismas konstatuoja, jog kvietimas teikti paraiškas buvo paskelbtas Frankfurto miesto oficialiajame leidinyje „Europos Sąjungos mastu“, ir mano, kad skaidrumo pareigos pažeidimas galėtų būti kitų valstybių narių įmonių atžvilgiu, bent jau potencialiai, vykdoma diskriminacija.

36 Skaidrumo pareiga, tenkanti paslaugų koncesijos sutartį sudarančioms viešosios valdžios institucijoms, reiškia, kad kiekvieno potencialaus konkurso dalyvio naudai būtina užtikrinti tinkamą viešumo laipsnį, leidžiantį paslaugų koncesiją atverti konkurencijai bei vykdyti suteikimo procedūrų nešališkumo kontrolę (žr. minėtų sprendimų *Telaustria ir Telefonadress* 60–62 punktus; *Parking Brixen* 46–49 punktus ir *ANAV* 21 punktą).

37 Siekiant užtikrinti procedūrų skaidrumą ir vienodą požiūrį į konkurso dalyvius, dėl paslaugų koncesijos sutarties pagrindinių sąlygų esminių pakeitimų gali tam tikrais atvejais būti reikalaujama sudaryti naują koncesijos sutartį, jeigu jie numato iš esmės skirtingas sąlygas nei nustatytosios pradinėje koncesijos sutartyje ir taip parodo šalių valią iš naujo derėtis dėl esminių tokios sutarties sąlygų (pagal analogiją su viešaisiais pirkimais žr. 2000 m. spalio 5 d. Sprendimo *Komisija prieš Prancūziją*, C-337/98, Rink. p. I-8377, 44–46 punktus ir 2008 m. birželio 19 d. Sprendimo *pressetext Nachrichtenagentur* C-454/06, Rink. p. I-4401, 34 punktą).

38 Galiojančios paslaugų koncesijos sutarties pakeitimas gali būti laikomas esminiu, jei juo numatomos sąlygos, kurios, jei būtų numatytos pradinės suteikimo procedūros metu, būtų suteikusios galimybę dalyvauti kitiems dalyviams nei tie, kuriems leista dalyvauti, arba pasirinkti kitą nei iš pradžių pasirinktasis pasiūlymą (pagal analogiją žr. minėto Sprendimo *pressetext Nachrichtenagentur* 35 punktą).

39 Subrangovo pakeitimas, net jei tokia galimybė numatyta sutartyje, išimtiniais atvejais gali reikšti tokį vieno iš esminių koncesijos sutarties sąlygų pakeitimą, kai vieno, o ne kito subrangovo pasitelkimas, atsižvelgiant į atitinkamai paslaugai būdingus požymius, buvo lemiamas sutarties sudarymo veiksnys, o tai bet kuriuo atveju turi patikrinti prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas.

40 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad prie FES Frankfurto miestui pateikto pasiūlymo pridėtame projekte ši nurodė, jog naudos *Wall* tualetus „City-WC“. To teismo manymu, tikėtina, kad tokiu atveju koncesija suteikta FES dėl jos nurodyto subrangovo tapatybės.

41 Patikrinti, ar egzistuoja šio sprendimo 37–39 punktuose nurodytos aplinkybės, turi nacionalinis teismas.

42 Jeigu, atlikdamas šį vertinimą, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nuspręstų, jog esama vieno iš esminių koncesijos sutarties elementų pakeitimų, reikėtų, remiantis atitinkamos valstybės narės teisės sistema, nustatyti visas būtinas priemones procedūros skaidrumui atkurti, įskaitant naują suteikimo procedūrą. Prireikus turėtų būti surengta nauja suteikimo procedūra pagal nagrinėjamos paslaugų koncesijos ypatybes atitinkančią tvarką, kuri sudarytų sąlygas kitos valstybės narės teritorijoje esančiai įmonei gauti tinkamą informaciją, susijusią su minėta koncesija, kol ši dar nesuteikta.

43 Tad į trečiąjį klausimą reikia atsakyti, kad jeigu pakeistos paslaugų koncesijos sutarties nuostatos iš esmės skiriasi nuo tų, kuriomis remiantis sudaryta pradinė koncesijos sutartis, ir todėl šie pakeitimai gali įrodyti šalių valią iš naujo derėtis dėl esminių tokios sutarties sąlygų, reikia, remiantis atitinkamos valstybės narės teisės sistema, imtis visų būtinų priemonių procedūros skaidrumui atkurti, įskaitant naują suteikimo procedūrą. Prireikus turėtų būti surengta nauja suteikimo procedūra pagal nagrinėjamos paslaugų koncesijos ypatybes atitinkančią tvarką, kuria būtų sudarytos sąlygos kitos valstybės narės teritorijoje esančiai įmonei gauti tinkamą informaciją, susijusią su minėta koncesija, kol ši dar nesuteikta.

Dėl penktojo klausimo

44 Penktuoju klausimu, kuris nagrinėtinas antras, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės klausia, ar, atsižvelgiant į EB 86 straipsnio 1 dalį, prireikus skaitomą kartu su Direktyvos 80/723 2 straipsnio 1 dalies b punktu bei 2 dalimi ir Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 9 dalimi, įmonę koncesininkę, kuriai būdingos tokios savybės kaip FES, saisto iš EB 43 ir 49 straipsnių kylanti skaidrumo pareiga bei vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai, kai ji sudaro sutartį dėl paslaugų, patenkančių į jai viešosios valdžios institucijos suteiktos koncesijos taikymo sritį.

45 Konkrečiai tariant, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas nori sužinoti, ar EB 86 straipsnio 1 dalis yra reikšminga apibrėžiant minėtos skaidrumo pareigos taikymo sritį.

46 Dėl EB 86 straipsnio 1 dalies pakanka priminti, kad ši nuostata skirta valstybėms narėms, o ne tiesiogiai įmonėms.

47 Norint nustatyti, ar subjektas, kuriam būdingos FES turimos savybės, gali būti prilygintas viešosios valdžios institucijai, kuriai taikoma skaidrumo pareiga, reikia remtis tam tikrais Direktyvos 92/50, reglamentuojančios viešuosius paslaugų pirkimus, 1 straipsnio b punkte pateikto „perkančiosios organizacijos“ sąvokos apibrėžimo aspektais tiek, kiek šie aspektai atitinka reikalavimus dėl skaidrumo pareigos, kylančios iš EB 43 ir 49 straipsnių, taikymo paslaugų koncesijoms.

48 Šiais straipsniais, vienodo požiūrio bei nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principais ir iš jų kylančia skaidrumo pareiga siekiama tų pačių tikslų kaip ir šia direktyva – visų pirma laisvo paslaugų judėjimo ir atviros neiškraipytos konkurencijos valstybėse narėse.

49 Atsižvelgiant į tai, kas pasakyta, reikia patikrinti, ar įvykdytos dvi sąlygos: pirma, ar atitinkamą įmonę faktiškai kontroliuoja valstybė arba viešosios valdžios institucija ir, antra, ar rinkoje ji neveikia konkurencijos sąlygomis.

50 Dėl pirmosios iš šių dviejų sąlygų pasakytina, kad iš sprendimo dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą matyti, jog nors Frankfurto miestui priklauso 51 % FES kapitalo, tai nesuteikia jam galimybės faktiškai kontroliuoti šios įmonės valdymo.

Jos sprendimams priimti reikalinga trijų ketvirtadalių visuotinio susirinkimo balsų dauguma.

51 Be to, likę 49 % FES kapitalo priklauso ne vienai ar kelioms viešosios valdžios institucijoms, o privačiai įmonei, kuri, būdama privati įmonė, vadovaujasi privačiais interesais grindžiamais sumetimais ir siekia kitų nei viešojo intereso tikslų (šiuo klausimu žr. 2005 m. sausio 11 d. Sprendimo *Stadt Halle ir RPL Lochau*, C-26/03, Rink. p. I-1, 50 punktą).

52 Maža to, stebėtojų taryboje Frankfurto miestas turi tik ketvirtadalį balsų. To, kad jis turi teisę siūlyti šios įmonės stebėtojų tarybos pirmininko, kurio balsas yra lemiamas balsams pasiskirsčius po lygiai, kandidatūrą, nepakanka, kad jis galėtų daryti lemiamą įtaką FES.

53 Tokiomis aplinkybėmis sąlyga dėl faktinės valstybės ar viešosios valdžios institucijos kontrolės neįvykdyta.

54 Dėl antros šio sprendimo 49 punkte minėtos sąlygos prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas pažymi, kad daugiau nei pusę FES apyvartos sudaro pajamos pagal abipusiai saistančias sutartis dėl atliekų šalinimo ir kelių valymo Frankfurto miesto teritorijoje.

55 Toks santykis turi būti prilygintas įprastiems komerciniams santykiams, susiklostantiems pagal abipusiškai saistančias sutartis, dėl kurių šalys laisvai susideri (šiuo klausimu žr. 2000 m. spalio 3 d. Sprendimo *University of Cambridge*, C-380/98, Rink. p. I-8035, 25 punktą).

56 Be to, iš sprendimo dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą galima spręsti, kad FES veiklą vykdo rinkos konkurencijos sąlygomis, kaip tai matyti, pirma, iš aplinkybės, jog pagrindinę pajamų dalį ji gauna iš veiklos su kitomis nei Frankfurto miestas viešosios valdžios institucijomis bei su privačiomis rinkoje veikiančiomis įmonėmis, ir, antra, iš to, jog dėl pagrindinėje byloje nagrinėjamos koncesijos ji varžėsi su kitomis įmonėmis.

57 Tokiomis aplinkybėmis antra sąlyga, leidžianti įmonę prilyginti viešosios valdžios institucijai, taip pat neįvykdyta.

58 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas taip pat klausia Teisingumo Teismo dėl galimybės taikyti Direktyvą 80/723.

59 Kadangi šia direktyva reglamentuojamas valstybių narių ir viešųjų įmonių tarpusavio finansinių santykių skaidrumas, ji netaikoma penktame klausime nurodytai sričiai

60 Todėl į penktąjį klausimą reikia atsakyti, kad kai įmonė koncesininkė sudaro sutartį dėl paslaugų, patenkančių į jai viešosios valdžios subjekto suteiktos koncesijos taikymo sritį, iš EB 43 ir 49 straipsnių kylanti skaidrumo pareiga ir vienodo požiūrio bei nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai netaikomi, jeigu :

— ši įmonė buvo įsteigta šio viešosios valdžios subjekto atliekų šalinimo ir gatvių valymo tikslu, bet veikia ir laisvojoje rinkoje,

— šiam viešosios valdžios subjektui priklauso 51 % šios įmonės akcijų, tačiau valdymo sprendimai gali būti priimami tik trijų ketvirtadalių šios įmonės visuotinio susirinkimo balsų dauguma,

— šis viešosios valdžios subjektas skiria tik ketvirtadalį šios įmonės stebėtojų tarybos narių, įskaitant jos pirmininką, ir

— daugiau kaip pusė šios įmonės apyvartos gaunama pagal atliekų šalinimo ir gatvių valymo šio viešosios valdžios subjekto teritorijoje abipusiškai įpareigojančias sutartis, o šis subjektas turėtas išlaidas susigrąžina iš gyventojams taikomų komunalinių mokesčių.

Dėl pirmojo, antrojo ir ketvirtojo klausimų

61 Pirmuoju, antruoju ir ketvirtuoju klausimais, kurie nagrinėtini kartu, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės klausia, ar EB 43 ir 49 straipsniuose įtvirtinti vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai bei iš jų kylanti skaidrumo pareiga reikalauja, pirma, kad nacionalinės valdžios institucijos nutrauktų sutartį, sudarytą pažeidžiant šią skaidrumo pareigą, ir, antra, kad nacionaliniai teismai konkurso nelaimėjusiam dalyviui suteiktų teisę reikalauti veiksmų uždraudimo, kuriuo būtų užkirstas kelias gresiančiam šios pareigos pažeidimui arba nutrauktas jau padarytas toks pažeidimas. Nacionalinis teismas taip pat klausia, ar ši pareiga gali būti priskiriama Sąjungos paprotinei teisei.

62 Kaip pabrėžta šio sprendimo 33 punkte, pagal dabar galiojančią Sąjungos teisę paslaugų koncesijos sutartys nereglamentuojamos nė viena direktyva, kuria reglamentuojama viešųjų pirkimų sritis.

63 Pagal Teisingumo Teismo praktiką, nesant Sąjungos teisės normų, kiekviena valstybė narė savo vidaus teisės sistemoje turi nustatyti teisių gynimo priemones, skirtas iš Sąjungos teisės kylančių asmenų teisių apsaugai užtikrinti (šiuo klausimu žr. 2007 m. kovo 13 d. Sprendimo *Unibet*, C-432/05, Rink. p. I-2271, 39 punktą ir jame nurodytą teismų praktiką).

64 Tokios teisių gynimo priemonės neturi būti mažiau palankios nei panašios nacionaline teise grindžiamos priemonės (lygiavertiškumo principas) ir dėl jų naudojimasis Sąjungos teisėje nustatytomis teisėmis neturi tapti praktiškai neįmanomas arba pernelyg sudėtingas (veiksmingumo principas) (šiuo klausimu žr. minėto Sprendimo *Unibet* 43 punktą ir jame nurodytą teismų praktiką).

65 Vadinasi, EB 43 ir 49 straipsniuose įtvirtinti vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai bei iš jų kylanti skaidrumo pareiga nereikalauja, kad nacionalinės valdžios institucijos nutrauktų sutartį, o nacionaliniai teismai – nustatytų draudimą, kiekvienu atveju, kai manoma, jog suteikiant paslaugų koncesiją pažeista ši pareiga. Nacionalinėje teisės sistemoje turi būti nustatytos tokios teisių gynimo priemonės, skirtos iš šios pareigos kylančių asmenų teisių apsaugai užtikrinti, kurios nebūtų mažiau palankios nei panašios nacionaline teise grindžiamos priemonės ir dėl kurių naudojimasis Sąjungos teisėje nustatytomis teisėmis netaptų praktiškai neįmanomas arba pernelyg sudėtingas.

66 Galiausiai prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas kelia kitą klausimą. Šio teismo nuomone, teisės normų išplėtojimas vien teismų praktikoje neprilygsta apsaugos teisės normai, kuri yra atsakomybės pagal Vokietijos civilinį kodeksą (*Bürgerliches Gesetzbuch*) pagrindas. Vien paprotinė teisė galėtų būti teisės norma šio kodekso prasme. Remdamasis *Bundesverfassungsgericht* (Konstitucinis Teismas) praktika šis nacionalinis teismas tvirtina, jog paprotinei teisei pripažinti reikalingas ilgas taikymas nuolat ir nuosekliai, vienodai ir bendrai, o suinteresuotieji teisės subjektai ją turi laikyti privaloma norma.

67 Tačiau nacionalinio teismo požiūriu, Teisingumo Teismo sprendimuose skaidrumo pareiga suformuluota taip neseniai, kad ji negali būti laikoma turinčia paprotinės teisės statusą, kaip apibrėžta ankstesniame punkte.

68 Šiuo klausimu pažymėtina, kad skaidrumo pareiga kyla iš Sąjungos teisės ir visų pirma iš EB 43 ir 49 straipsnių (šiuo klausimu žr. minėto Sprendimo *Coname* 17–19 punktus). Šios nuostatos, kurių laikymąsi užtikrina Teisingumo Teismas, turi tiesioginį poveikį valstybių narių teisės sistemose ir yra viršesnės už bet kurią joms prieštaraujančią nacionalinės teisės nuostatą.

69 Remiantis, be kita ko, ESS 4 straipsnio 3 dalimi, visos valstybių narių valdžios institucijos pagal savo kompetenciją privalo užtikrinti Sąjungos teisės normų laikymąsi (šiuo klausimu žr. 2008 m. vasario 12 d. Sprendimo *Kempter*, C-2/06, Rink. p. I-411, 34 punktą ir jame nurodytą teismų praktiką).

70 Vidaus įstatymą, kurį turi taikyti, nacionalinis teismas privalo aiškinti kiek įmanoma pagal Sąjungos teisės reikalavimus ir, konkrečiai kalbant, taip, kad būtų užtikrintas skaidrumo pareigos laikymasis (šiuo klausimu žr. 2003 m. vasario 27 d. Sprendimo *Santex*, C-327/00, Rink. p. I-1877, 63 punktą ir jame nurodytą teismų praktiką).

71 Atsižvelgiant į tai, kas išdėstyta, į pirmąjį, antrąjį ir ketvirtąjį klausimus reikia atsakyti, kad EB 43 ir 49 straipsniuose įtvirtinti vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai bei iš jų kylanti skaidrumo pareiga nereikalauja, kad nacionalinės valdžios institucijos nutrauktų sutartį, o nacionaliniai teismai – nustatytų draudimą, kiekvienu atveju, kai manoma, jog suteikiant paslaugų koncesiją pažeista ši pareiga. Nacionalinėje teisės sistemoje turi būti nustatytos tokios teisių gynimo priemonės, skirtos iš šios pareigos kylančių asmenų teisių apsaugai užtikrinti, kurios nebūtų mažiau palankios nei panašios nacionaline teise grindžiamos priemonės ir dėl kurių naudojimasis Sąjungos teisėje nustatytomis teisėmis netaptų praktiškai neįmanomas arba pernelyg sudėtingas. Skaidrumo pareiga kyla tiesiogiai iš

EB 43 ir 49 straipsnių, kurie turi tiesioginį poveikį valstybių narių teisės sistemose ir yra viršesni už bet kurią jiems prieštaraujančią nacionalinės teisės nuostatą.

Dėl bylinėjimosi išlaidų

72 Kadangi šis procesas pagrindinės bylos šalims yra vienas iš etapų prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nagrinėjamoje byloje, bylinėjimosi išlaidų klausimą turi spręsti šis teismas. Išlaidos, susijusios su pastabų pateikimu Teisingumo Teismui, išskyrus tas, kurias patyrė minėtos šalys, nėra atlygintinos.

Remdamasis šiais motyvais, Teisingumo Teismas (didžioji kolegija) nusprendžia:

1. Jeigu pakeistos paslaugų koncesijos sutarties nuostatos iš esmės skiriasi nuo tų, kuriomis remiantis sudaryta pradinė koncesijos sutartis, ir todėl šie pakeitimai gali įrodyti šalių valią iš naujo derėtis dėl esminių tokios sutarties sąlygų, reikia, remiantis atitinkamos valstybės narės teisės sistema, imtis visų būtinų priemonių procedūros skaidrumui atkurti, įskaitant naują suteikimo procedūrą. Prireikus turėtų būti surengta nauja suteikimo procedūra pagal nagrinėjamos paslaugų koncesijos ypatybes atitinkančią tvarką, kuria būtų sudarytos sąlygos kitos valstybės narės teritorijoje esančiai įmonei gauti tinkamą informaciją, susijusią su minėta koncesija, kol ši dar nesuteikta.

2. Kai įmonė koncesininkė sudaro sutartį dėl paslaugų, patenkančių į jai viešosios valdžios subjekto suteiktos koncesijos taikymo sritį, iš EB 43 ir

49 straipsnių kylanti skaidrumo pareiga ir vienodo požiūrio bei nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai netaikomi, jeigu:

— **ši įmonė buvo įsteigta šio viešosios valdžios subjekto atliekų šalinimo ir gatvių valymo tikslu, bet veikia ir laisvojoje rinkoje,**

— **šiam viešosios valdžios subjektui priklauso 51 % šios įmonės akcijų, tačiau valdymo sprendimai gali būti priimami tik trijų ketvirtadalių šios įmonės visuotinio susirinkimo balsų dauguma,**

— **šis viešosios valdžios subjektas skiria tik ketvirtadalį šios įmonės stebėtojų tarybos narių, įskaitant jos pirmininką, ir**

— **daugiau kaip pusė šios įmonės apyvartos gaunama pagal atliekų šalinimo ir gatvių valymo šio viešosios valdžios subjekto teritorijoje abipusiškai įpareigojančias sutartis, o šis subjektas turėtas išlaidas susigrąžina iš gyventojams taikomų komunalinių mokesčių.**

3. **EB 43 ir 49 straipsniuose įtvirtinti vienodo požiūrio ir nediskriminavimo dėl nacionalinės priklausomybės principai bei iš jų kylanti skaidrumo pareiga nereikalauja, kad nacionalinės valdžios institucijos nutrauktų sutartį, o nacionaliniai teismai – nustatytų draudimą, kiekvienu atveju, kai manoma, jog suteikiant paslaugų koncesiją pažeista ši pareiga. Nacionalinėje teisės sistemoje turi būti nustatytos tokios teisių gynimo priemonės, skirtos iš šios pareigos kylančių asmenų teisių apsaugai užtikrinti, kurios nebūtų mažiau palankios nei panašios nacionaline teise grindžiamos priemonės ir dėl kurių naudojimasis Sąjungos teisėje nustatytomis teisėmis netaptų praktiškai**

neįmanomas arba pernelyg sudėtingas. Skaidrumo pareiga kyla tiesiogiai iš EB 43 ir 49 straipsnių, kurie turi tiesioginį poveikį valstybių narių teisės sistemose ir yra viršesni už bet kurią jiems prieštaraujančią nacionalinės teisės nuostatą.

Parašai.