SODBA SODIŠČA (veliki senat)

z dne 13. aprila 2010*

V zadevi C-91/08,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Landgericht Frankfurt am Main (Nemčija) z odločbo z dne 28. januarja 2008, ki je prispela na Sodišče 28. februarja 2008, v postopku

Wall AG

proti

Stadt Frankfurt am Main,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Jezik postopka: nemščina.

ob udeležbi

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

SODIŠČE (veliki senat),

v sestavi V. Skouris, predsednik, A. Tizzano, J. N. Cunha Rodrigues (poročevalec), K. Lenaerts, J.-C. Bonichot, predsedniki senatov, R. Silva de Lapuerta in C. Toader, predsednici senatov, C. W. A. Timmermans, A. Rosas, K. Schiemann, J. Malenovský, A. Arabadžiev in J.-J. Kasel, sodniki,

generalni pravobranilec: Y. Bot,
sodni tajnik: K. Malacek, administrator,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 9. junija 2009,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Wall AG H.-J. Otto, odvetnik, C. Friese in R. von zur Mühlen, Justitiare,

– za Stadt Frankfurt am Main L. Horn in J. Sommer, odvetnika, ter B. Weiß, Justitiar,

– za Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH H. Höfler, odvetnik,

– za Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH F. Hausmann in A. Mutschler-Siebert, odvetnika,

– za nemško vlado M. Lumma in J. Möller, zastopnika,

– za dansko vlado B. Weis Fogh, zastopnica,

– za nizozemsko vlado C. Wissels in Y. de Vries, zastopnika,

– za avstrijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,

– za finsko vlado A. Guimaraes-Purokoski, zastopnica,

– za vlado Združenega kraljestva S. Ossowski, zastopnik, skupaj z J. Coppelom, barrister,

– za Komisijo Evropskih skupnosti D. Kukovec, B. Schima in C. Zadra, zastopniki,

– za Nadzorni organ EFTE N. Fenger, B. Alterskjær in L. Armati, zastopniki,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 27. oktobra 2009

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago členov 12 ES, 43 ES in 49 ES, načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva ter obveznost preglednosti, ki izhaja iz njih, v zvezi z oddajo koncesij za storitve.

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo Wall AG (v nadaljevanju: Wall) in Stadt Frankfurt am Main (v nadaljevanju: mesto Frankfurt) glede oddaje koncesije za storitve upravljanja in vzdrževanja nekaterih javnih stranišč na območju tega mesta.

Pravni okvir

3 Člen 2 Direktive Komisije z dne 25. junija 1980 o preglednosti finančnih odnosov med državami članicami in javnimi podjetji ter o finančni preglednosti znotraj določenih podjetij (80/723/EGS) (UL L 195, str. 35), kakor je bila spremenjena z Direktivo Komisije 2000/52/ES z dne 26. julija 2000 (UL L 193, str. 75, v nadaljevanju: Direktiva 80/723), določa:

„1. Za namen te direktive:

[…]

b) ‚javna podjetja' pomenijo vsa podjetja, nad katerim lahko javne oblasti neposredno ali posredno izvajajo prevladujoč vpliv zaradi svojega lastništva, svojega finančnega sodelovanja v njih ali predpisov, ki jih urejajo;

[…]

2. Prevladujoč vpliv javnih oblasti se predpostavlja, kadar ti organi v zvezi s podjetjem neposredno ali posredno:

(a) imajo večinski delež vpisanega delniškega kapitala; ali

(b) nadzorujejo večino glasov, pripisanih delnicam, ki jih izdajo podjetja; ali

(c) lahko imenujejo več kot polovico članov upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa podjetja.“

4 Člen 1(b) Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev (UL L 209, str. 1), kakor je bila spremenjena z Direktivo Komisije 2001/78/ES z dne 13. septembra 2001 (UL L 285, str. 1, v nadaljevanju: Direktiva 92/50), določa:

„(b) *naročniki* pomeni državo, regionalne ali lokalne oblasti, telesa, za katera velja javno pravo, združenja, ki jih ustanovi ena ali več takšnih oblasti ali teles, za katere velja javno pravo.

Telo [subjekt], za katerega velja javno pravo, pomeni vsako telo [subjekt,] [ki]:

– [je] ustanovljeno za poseben namen zadovoljevanja potreb v splošno korist, ki ni industrijskega ali komercialnega značaja,

in

– je pravna oseba

ter

– ga večidel financira država ali regionalne ali lokalne oblasti, ali druga telesa [subjekte], za katere velja javno pravo ali pa je njihovo vodenje pod nadzorom teh teles [subjektov], ali pa imajo upravni, vodstveni ali nadzorni svet, v katerega imenuje več kot polovico članov država, regionalne ali lokalne oblasti, organi ali druga telesa [subjekti], za katera velja javno pravo.

[…]“

5 Člen 17 Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114) določa:

„Brez poseganja v veljavnost člena 3 se ta direktiva ne uporablja za koncesije za javne storitve iz člena 1(4).“

6 Člen 80(1), prvi pododstavek, Direktive 2004/18 določa:

„Države članice morajo sprejeti zakone, podzakonske akte in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo najpozneje do 31. januarja 2006. O tem takoj obvestijo Komisijo.“

7 Člen 82, prvi odstavek, te direktive določa:

„Direktiva 92/50/EGS, razen člena 41 navedene direktive, ter direktive 93/36/EGS in 93/37/EGS se razveljavijo z začetkom veljavnosti od datuma iz člena 80 brez poseganja v obveznosti držav članic v zvezi s skrajnimi roki za prenos in začetek veljavnosti iz Priloge XI."

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

8 Družba Wall trži oglasne prostore na ulicah ter na javnih mestih in s tem namenom med drugim proizvaja, montira, vzdržuje in čisti javna stranišča.

9 Družba Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH (v nadaljevanju: FES) je pravna oseba zasebnega prava v obliki družbe z omejeno odgovornostjo, katere v statutu določena dejavnost je, da za račun javnih organov in oseb zasebnega prava odstranjuje odpadke in upravlja z njimi, čisti mestne površine in skrbi za varnost v prometu. Mesto Frankfurt ima 51-odstotni delež v družbi FES, preostali 49-odstotni delež pa ima zasebno podjetje. Za sprejetje sklepov skupščine družbe FES je zahtevana tričetrtinska večina. Od 16 članov nadzornega sveta družbe FES polovico imenujejo družbeniki. Delavci imenujejo osem članov, vsak od dveh družbenikov pa štiri. Mesto Frankfurt ima pravico predlagati kandidata za mesto predsednika nadzornega sveta, čigar glas je ob enakem številu glasov odločilen. V družbi FES je zaposlenih 1400 delavcev, od katerih jih okoli 800 opravlja dejavnosti, ki se nanašajo na mesto Frankfurt.

10 Družba FES ustvari neto promet 92 milijonov EUR z mestom Frankfurt in 52 milijonov EUR z drugimi osebami zasebnega in javnega prava. Od neto prometa, ki ga je družba FES ustvarila z mestom Frankfurt v letu 2005, je bilo 51,3 milijona EUR

ustvarjenih z dejavnostjo odstranitve odpadkov in 36,2 milijona EUR z dejavnostjo čiščenja mestnih površin.

11 Mesto Frankfurt je 18. decembra 2002 prek „prostovoljnega obvestila za celotno EU“, objavljenega v uradnem listu tega mesta, objavilo vabilo k prijavi na javni razpis za sklenitev koncesijske pogodbe za storitve upravljanja, vzdrževanja in čiščenja enajstih mestnih stranišč za obdobje 16 let. Dve od teh 11 javnih stranišč bi morali biti zgrajeni na novo, in sicer na postajah Rödelheim in Galluswarte. Protidajatev za te storitve je bila omejena na pravico do pobiranja pristojbin za njihovo uporabo ter pravico do uporabe oglasnih prostorov na in v straniščnih prostorih ter na drugih javnih mestih na območju mesta Frankfurt v času veljavnosti pogodbe.

12 Mesto Frankfurt je 4. julija 2003 povabilo zainteresirana podjetja k oddaji ponudb. Vabilu je bil priložen osnutek pogodbe, katerega člena 18(2) in 30(4) sta določala, da je zamenjava podizvajalca dovoljena le ob soglasju navedenega mesta.

13 Družbi Wall in FES ter tri druga podjetja, ki imajo tudi sedež v Nemčiji, so oddala ponudbe.

14 Iz predložitvene odločbe je razvidno, da je družba FES v osnutku svoje ponudbe navedla to: „Uvodna izjava – […] Javni razpis (mesta Frankfurt) ponuja družbi FES možnost, da v sodelovanju s tako učinkovitim in izkušenim partnerjem, kot je družba [Wall], prenovi opremo in oskrbovanje javnih stranišč ter da pripravi finančni načrt, ki bo stvaren in odgovoren do zaposlenih […]. Galluswarte – […] V sodelovanju z organi bo pod mostom primestne železnice postavljen popolnoma avtomatiziran City-WC (družbe Wall) […]. Postaja Rödelheim – Ker bodo stranišča na postaji Rödelheim v okviru prostorske preureditve podrta, bo v skladu z obstoječimi načrti postavljen popolnoma avtomatiziran City-WC (družbe Wall) […] Načrt v zvezi z varnostjo – […]

Stranišča City-WC so opremljena z mehanizmom, ki omogoča popolnoma avtomatično čiščenje. Načrt v zvezi z oglaševanjem – […] Trženje oglasnih prostorov bo potekalo s posredovanjem (družbe Wall), partnerja družbe FES, ki je izkušen specialist na področju oglaševanja in ki deluje po celem svetu […]. Uporabljeni nosilci za oglaševanje – uporabljeni bodo moderni in estetski proizvodi (družbe Wall) […]“

15 Družba Wall je imetnik več patentov, ki se nanašajo na delovanje stranišč City-WC.

16 Družba Wall je bila 18. marca 2004 izključena iz postopka oddaje koncesije in njena ponudba je bila zavrnjena.

17 Koncesija je bila 9. junija 2004 dodeljena družbi FES. V zvezi s tem je bila med to družbo in mestom Frankfurt 20. in 22. julija 2004 sklenjena pogodba, ki velja do 31. decembra 2019 (v nadaljevanju: koncesijska pogodba). Iz predložitvene odločbe je razvidno, da so bili načrti družbe FES, ki so nastali na podlagi pogajanj, predmet sporazuma, ki je bil vključen v to pogodbo. Vendar pa je mesto Frankfurt v pisnih stališčih trdilo, da podatki iz načrtov družbe FES niso bili vključeni v vsebino koncesijske pogodbe. Vključena je bila zgolj določitev družbe Wall v skupino podizvajalcev družbe FES.

18 Na podlagi preučitve besedila koncesijske pogodbe, ki je bila predložena skupaj z nacionalnim spisom, je razvidno, da je bila družba Wall določena za podizvajalca, ne da bi ta pogodba vsebovala natančnejše podatke o proizvodih in storitvah te družbe.

19 Člen 18(2) koncesijske pogodbe določa, da družba FES zgradi javna stranišča z lastnimi sredstvi ali s sredstvi podizvajalcev, med katerimi je tudi družba Wall. V skladu s to določbo je zamenjava podizvajalca mogoča le na podlagi pisnega dovoljenja mesta Frankfurt.

20 Člen 30(4) te pogodbe določa, da je družba Wall podizvajalec družbe FES za storitve oglaševanja, na katere se nanaša zadevna koncesija. V skladu s to določbo je zamenjava podizvajalca mogoča le na podlagi pisnega dovoljenja mesta Frankfurt.

21 Družba FES je 5. januarja 2005 povabila družbo Wall k oddaji ponudbe za oglaševalske storitve, ki so predmet koncesije, dodeljene družbi FES. Poleg tega je k oddaji take ponudbe povabila družbo Deutsche Städte Medien GmbH (v nadaljevanju: DSM).

22 Družba FES je tako z dopisom z dne 15. junija 2005 zaprosila mesto Frankfurt za soglasje za zamenjavo podizvajalca glede uporabe oglaševalske opreme, in sicer v korist družbe DSM. Navedeno mesto je 21. junija 2005 podalo soglasje za zamenjavo podizvajalca.

23 Družba FES je opravljanje navedenih storitev dodelila družbi DSM in je z njo sklenila pogodbo, ki določa, da mora družba DSM družbi FES letno plačati 786.206 EUR.

24 Družba FES je 28. julija 2005 izdala vabilo k oddaji ponudbe za dobavo dveh „Wall-City-WC“. Družba Wall je oddala ponudbo, vendar jo je družba FES 7. septembra 2005 obvestila, da je prejela ugodnejšo ponudbo in da zato ne more upoštevati ponudbe družbe Wall.

25 Družba FES je z dopisom z dne 10. oktobra 2005 v skladu s koncesijsko pogodbo zaprosila mesto Frankfurt za soglasje za zamenjavo podizvajalca z namenom, da teh javnih stranišč ne bi dobavila družba Wall, temveč druge družbe.

26 Mesto Frankfurt je 19. decembra 2005 odgovorilo družbi FES, da ne more obravnavati vprašanja zamenjave podizvajalca javnih stranišč, saj je menilo, da družba FES odslej namerava opraviti dela z lastnimi sredstvi na svojo izključno odgovornost. Ob tej priložnosti je mesto Frankfurt poudarilo, da pričakuje, da bodo zahteve, ki so zapisane v pogodbenih dokumentih, izpolnjene.

27 Družba Wall je pri predložitvenem sodišču vložila tožbo, s katero mu predlaga, naj družbi FES naloži, prvič, da naj ne izvrši pogodbe o oglaševalskih storitvah, ki jo je sklenila z družbo DSM, in, drugič, da naj ne sklene pogodbe s tretjo osebo oziroma da naj ne izvrši pogodbe o izgradnji dveh javnih stranišč, ki bi morali biti zgrajeni na novo. Družba Wall predlaga tudi, naj se mestu Frankfurt naloži, da naj ne da soglasja k sklenitvi pogodbe o izgradnji dveh javnih stranišč med družbo FES in drugo pogodbeno stranko, ki ni družba Wall. Družba Wall podredno predlaga, naj se mestu Frankfurt in družbi FES solidarno naloži plačilo zneska 1.038.682,18 EUR, povečanega za obresti.

28 V teh okoliščinah je Landgericht Frankfurt am Main prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva iz členov 12 ES, 43 ES in 49 ES razlagati tako, da iz njiju izhajajoče obveznosti preglednosti, ki jo imajo javni organi in na podlagi katere se zahteva, da se v okviru oddaje koncesije za storitve z ustrezno stopnjo javnosti ustvari konkurenčni položaj, in ki omogoča nadzor nad tem, ali je bil postopek oddaje opravljen nepristransko (glej sodbe Sodišča z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress, C-324/98, Recueil, str. I-10745, točke od 60 do 62; z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname, C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točke od 17 do 22; z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točke od 46 do 50; z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV, C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 21, in z dne 13. septembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji, C-260/04, ZOdl., str. I-7083, točka 24), zahtevajo od nacionalnega prava, da neuspešnemu ponudniku prizna zahtevek za opustitev grozeče kršitve teh obveznosti in/ali za opustitev nadaljevanja take kršitve obveznosti?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje nikalen: ali so prej omenjene obveznosti preglednosti del običajnega prava Evropskih skupnosti v smislu, da se že uporabljajo trajno in stalno, enako in splošno ter jih udeleženi pravni subjekti priznavajo kot zavezujoče pravilo?

3. Ali obveznosti preglednosti iz prvega vprašanja zahtevajo, tudi ob nameravani spremembi pogodbe o koncesiji za storitve – vključno z zamenjavo podizvajalca, ki je bil omenjen kot del ponudbe na javni razpis – da se pogajanja glede tega spet odprejo konkurenci z zagotovitvijo ustrezne stopnje javnosti, oziroma katera so merila, ki zahtevajo tako odprtje?

4. Ali je treba načela in obveznosti preglednosti iz prvega vprašanja za predhodno odločanje razlagati tako, da je treba pri koncesijah za storitve ob kršitvi teh obveznosti pogodbo, ki je bila sklenjena kot posledica kršitve in s katero se ustvarja ali spreminja trajno obligacijsko razmerje, odpovedati?

5. Ali je treba načeli in obveznosti preglednosti iz prvega vprašanja za predhodno odločanje in člen 86(1) ES, s sklicevanjem, kadar je to potrebno, tudi na člen 2(1)(b) in (2) Direktive [80/723] in člen 1(9) Direktive [2004/18], razlagati tako, da mora podjetje kot javno podjetje ali naročnik spoštovati te obveznosti preglednosti, če:

   – ga je ustanovil lokalni organ za namene odstranjevanja odpadkov in čiščenja ulic, vendar opravlja dejavnost tudi na prostem trgu;

– ima ta organ v njem 51-odstotni delež, vendar se lahko sklepi glede upravljanja sprejmejo le s tričetrtinsko večino;

– ta organ imenuje le četrtino članov nadzornega sveta podjetja, vključno s predsednikom, in

– več kot pol svojega prometa ustvari na podlagi dvostranskih pogodb o odstranitvi odpadkov in čiščenju cestnih površin na območju tega lokalnega organa, ki jih slednji financira z občinskimi davki, ki jih plačajo davkoplačevalci?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Uvodna ugotovitev

29 Postopek v glavni stvari se nanaša na dva dogodka: po eni strani na odločitev, s katero je družba FES zamenjala podizvajalca za oglaševalske storitve, ki so bile predmet koncesije, ki jo je tej družbi dodelilo mesto Frankfurt, glede na to, da je bila pogodba, s katero je bila opravljena ta zamenjava, sklenjena ob soglasju mesta Frankfurt 21. junija 2005, in po drugi strani na namen družbe FES, da dodeli ponovno izgradnjo dveh javnih stranišč subjektu, ki ni družba Wall. Ta namen je bil izražen v dopisu z dne 10. oktobra 2005, s katerim je družba FES zaprosila mesto Frankfurt, da poda soglasje k zamenjavi podizvajalca za to storitev. Navedeno mesto je z dopisom z dne 19. decembra 2005 družbi FES odgovorilo, da ne more obravnavati vprašanja zamenjave podizvajalca javnih stranišč, saj je menilo, da družba FES odslej namerava opraviti dela z lastnimi sredstvi na svojo izključno odgovornost. Ta odgovor je v predložitveni odločbi razložen tako, da je mesto Frankfurt soglašalo z zamenjavo podizvajalca za izgradnjo dveh javnih stranišč. Glede na to razlago je treba za preučitev

predložitvene odločbe kot referenčni datum vzeti 19. december 2005, to je datum dopisa, za katerega se šteje, da je z njim mesto Frankfurt dalo soglasje za zamenjavo podizvajalca, za katero je zaprosila družba FES.

Tretje vprašanje

30 Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem, ki ga je treba preučiti najprej, sprašuje, ali načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva iz členov 12 ES, 43 ES in 49 ES ter zahteva po preglednosti, ki izhaja iz njiju, ob nameravani spremembi pogodbe o koncesiji za storitve – vključno z zamenjavo podizvajalca, ki je bil omenjen kot del ponudbe na javni razpis – zahtevajo, da se pogajanja glede tega spet odprejo konkurenci z ustrezno stopnjo javnosti, oziroma katera so merila, ki zahtevajo tako odprtje.

31 Predmet vprašanja je uporaba v prejšnji točki navedenih pravil in načel, če se je v okviru izvršitve koncesijske pogodbe za storitve nameravalo zamenjati enega od koncesionarjevih podizvajalcev.

32 Glede na to, da člena 43 ES in 49 ES predstavljata posebni obliki splošne prepovedi diskriminacije zaradi državljanstva iz člena 12 ES, za odgovor na navedeno vprašanje sklicevanje na ta člen ni potrebno (glej v tem smislu sodbi z dne 8. marca 2001 v združenih zadevah Metallgesellschaft in drugi, C-397/98 in C-410/98, Recueil, str. I-1727, točki 38 in 39, in z dne 17. januarja 2008 v zadevi Lammers & Van Cleeff, C-105/07, ZOdl., str. I-173, točka 14).

33 Glede na trenutno stanje prava Unije koncesijske pogodbe za storitve ne ureja nobena izmed direktiv, s katerimi je zakonodajalec Unije uredil področje javnih naročil (glej zgoraj navedeno sodbo Coname, točka 16, in sodbo z dne 17. julija 2008 v zadevi ASM Brescia, C-347/06, ZOdl., str. I-5641, točka 57). Vendar morajo javni organi, ki sklepajo take pogodbe, spoštovati temeljna pravila Pogodbe ES, zlasti člena 43 ES in 49 ES ter obveznost preglednosti, ki izhaja iz njiju (glej v tem smislu zgoraj navedene sodbe Telaustria in Telefonadress, točke od 60 do 62; Coname, točke od 16 do 19, in Parking Brixen, točke od 46 do 49).

34 Obveznost preglednosti velja, če bi se za zadevno koncesijo za storitve lahko zanimalo tudi podjetje, ki je v državi članici, ki ni država, v kateri se ta koncesija dodeli (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Coname, točka 17; glej po analogiji tudi sodbi z dne 13. novembra 2007 v zadevi Komisija proti Irski, C-507/03, ZOdl., str. I-9777, točka 29, in z dne 21. februarja 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-412/04, ZOdl., str. I-619, točka 66).

35 Dejstvo, da bi koncesija v zadevi v glavni stvari lahko zanimala podjetja s sedežem v drugi državi članici, ki ni Zvezna republika Nemčija, je razvidno iz predložitvene odločbe, ker je nacionalno sodišče ugotovilo, da je bil javni razpis objavljen v uradnem listu mesta Frankfurt „za celotno EU“, in ker je menilo, da bi kršitev obveznosti preglednosti lahko pomenila diskriminacijo v – vsaj potencialno – škodo podjetij iz drugih držav članic.

36 Obveznost preglednosti, ki jo morajo spoštovati javni organi, ki sklepajo koncesijske pogodbe za storitve, pomeni, da se v korist vseh potencialnih ponudnikov zagotovi ustrezna stopnja javnosti, ki koncesijo za storitve odpre za konkurenco in omogoča nadzor nad tem, ali so bili postopki dodelitve izvedeni nepristransko (glej zgoraj navedene sodbe Telaustria in Telefonadress, točke od 60 do 62; Parking Brixen, točke od 46 do 49, in ANAV, točka 21).

37 Za zagotovitev preglednosti postopkov in enakega obravnavanja ponudnikov bi bilo treba v nekaterih primerih zaradi velikih sprememb bistvenih določb koncesijske pogodbe za storitve dodeliti novo koncesijsko pogodbo, če so te določbe bistveno drugačne od določb prvotne koncesijske pogodbe in zato izkazujejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih določil te pogodbe (glej po analogiji v zvezi z javnimi naročili sodbi z dne 5. oktobra 2000 v zadevi Komisija proti Franciji, C-337/98, Recueil, str. I-8377, točki 44 in 46, in z dne 19. junija 2008 v zadevi pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, ZOdl., str. I-4401, točka 34).

38 Sprememba koncesijske pogodbe za storitve v času njene veljavnosti se lahko šteje za bistveno, če uvaja pogoje, ki bi, če bi bili prisotni v postopku prvotne oddaje, omogočali vstop drugim ponudnikom kot tistim, ki so bili prvotno sprejeti, ali bi omogočali izbiro druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno sprejeta (glej po analogiji zgoraj navedeno sodbo pressetext Nachrichtenagentur, točka 35).

39 Zamenjava podizvajalca – tudi če je bila ta možnost predvidena v pogodbi – lahko v izjemnih primerih pomeni takšno spremembo ene od bistvenih sestavin koncesijske pogodbe, če je določitev enega podizvajalca, ne pa drugega, ob upoštevanju značilnosti zadevne storitve, element, ki je odločilen za sklenitev pogodbe, kar pa mora preveriti predložitveno sodišče.

40 Predložitveno sodišče je ugotovilo, da je družba FES v načrtu, ki ga je priložila ponudbi, oddani mestu Frankfurt, navedla, da bo uporabila stranišča „City-WC“ družbe Wall. Po mnenju tega sodišča je verjetno, da je bila v tem primeru koncesija dodeljena družbi FES zaradi identitete podizvajalca, ki ga je navedla ta družba.

41 Naloga nacionalnega sodišča je ugotoviti, ali gre za primere, opisane v točkah od 37 do 39 te sodbe.

42 Če predložitveno sodišče ob tej presoji ugotovi, da je bila spremenjena ena od bistvenih sestavin koncesijske pogodbe, je treba v skladu z nacionalnim pravnim redom zadevne države članice naložiti sprejetje vseh ukrepov, ki so potrebni za ponovno vzpostavitev preglednosti postopka, skupaj z novim postopkom dodelitve. Po potrebi je treba izpeljati nov postopek dodelitve na podlagi pogojev, ki so prilagojeni specifičnosti zadevne koncesije za storitve, in omogočiti dostop do ustreznih informacij, ki se nanašajo na to koncesijo, podjetjem s sedežem na ozemlju druge države članice, preden se ta koncesija dodeli.

43 Zato je treba na tretje vprašanje odgovoriti, da če so spremenjene določbe koncesijske pogodbe za storitve bistveno drugačne od določb, zaradi katerih je bila prvotna koncesijska pogodba dodeljena, in zato izkazujejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih določil te pogodbe, je treba v skladu z nacionalnim pravnim redom zadevne države članice naložiti sprejetje vseh ukrepov, ki so potrebni za ponovno vzpostavitev preglednosti postopka, skupaj z novim postopkom dodelitve. Po potrebi je treba izpeljati nov postopek dodelitve na podlagi pogojev, ki so prilagojeni specifičnosti zadevne koncesije za storitve, in omogočiti dostop do ustreznih informacij, ki se nanašajo na to koncesijo, podjetjem s sedežem na ozemlju druge države članice, preden se ta koncesija dodeli.

Peto vprašanje

44 Predložitveno sodišče s petim vprašanjem, ki ga je treba obravnavati na drugem mestu, v bistvu sprašuje, ali mora glede na člen 86(1) ES – s sklicevanjem, kadar je to potrebno, tudi na člen 2(1)(b) in (2) Direktive 80/723 in člen 1(9) Direktive 2004/18 – podjetje koncesionar, ki ima take značilnosti kot družba FES, spoštovati obveznost preglednosti, ki izhaja iz členov 43 ES in 49 ES ter iz načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, kadar sklepa pogodbo glede storitev, ki spadajo v okvir koncesije, ki ji jo je dodelil javni organ.

45 Natančneje, predložitveno sodišče želi izvedeti, ali je treba pri določitvi področja uporabe te obveznosti preglednosti upoštevati člen 86(1) ES.

46 V zvezi s členom 86(1) ES zadostuje opozorilo, da se ta člen nanaša na države članice, in ne neposredno na podjetja.

47 Da bi se ugotovilo, ali se lahko subjekt, ki ima take lastnosti kot družba FES, enači z javnim organom, ki je zavezan k spoštovanju obveznosti preglednosti, je treba kot smernice upoštevati nekatere vidike opredelitve pojma „naročnik“ iz člena 1(b) Direktive 92/50 o javnih naročilih storitev, ker so s temi vidiki izpolnjene zahteve, ki nastanejo zaradi upoštevanja obveznosti preglednosti, ki izhaja iz členov 43 ES in 49 ES, pri koncesijah za storitve.

48 Ta člena, načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva ter zahteva po preglednosti, ki iz njiju izhaja, uresničujejo enake cilje kot ta direktiva, ki se nanaša zlasti na prosti pretok storitev in vzpostavitev neizkrivljene konkurence v državah članicah.

49 Glede na navedeno je treba preveriti, ali sta izpolnjena dva pogoja, in sicer da je zadevno podjetje pod dejanskim nadzorom države ali drugega javnega organa in da na trgu, na katerem deluje, ni v konkurenčnem položaju.

50 Iz predložitvene odločbe je v zvezi s prvim od teh dveh pogojev razvidno, da čeprav ima mesto Frankfurt 51-odstotni delež v družbi FES, mu to ne omogoča dejanskega

nadzora nad vodenjem tega podjetja. V tem podjetju je namreč za sprejem odločitev na skupščini potrebna tričetrtinska večina.

51 Poleg tega v preostalih 49 % kapitala družbe FES ni udeležen en ali več javnih organov, temveč zasebno podjetje, ki kot tako deluje v skladu z zasebnimi interesi in uresničuje druge cilje, ne pa javni interes (glej v tem smislu sodbo z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau, C-26/03, ZOdl., str. I-1, točka 50).

52 Poleg tega ima mesto Frankfurt v nadzornem svetu družbe FES le četrtino glasov. Dejstvo, da ima to mesto pravico predlagati kandidata za predsednika nadzornega sveta te družbe, čigar glas je ob enakem številu glasov odločilen, ne zadošča, da bi imelo odločilen vpliv v družbi FES.

53 V teh okoliščinah pogoj o dejanskem nadzoru države ali drugega javnega organa ni izpolnjen.

54 V zvezi z drugim pogojem, navedenim v točki 49 te sodbe, je predložitveno sodišče ugotovilo, da je več kot polovica prometa družbe FES ustvarjena na podlagi dvostranskih pogodb o odvozu odpadkov in čiščenju cestnih površin na območju mesta Frankfurt.

55 Takšno poslovno razmerje je treba izenačiti z običajnim poslovnim razmerjem, ki se razvije na podlagi dvostranskih pogodb, o določilih katerih se pogodbene stranke prosto dogovorijo (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo z dne 3. oktobra 2000 v zadevi University of Cambridge, C-380/98, Recueil, str. I-8035, točka 25).

56 Poleg tega je mogoče na podlagi predložitvene odločbe ugotoviti, da družba FES opravlja svoje dejavnosti na trgu, na katerem obstaja konkurenca, kot je to razvidno, po eni strani, iz dejstva, da ustvari velik del svojega dohodka iz dejavnosti, ki jih opravlja z drugimi javnimi organi, ne pa z mestom Frankfurt, in z zasebnimi podjetji, ki delujejo na trgu, ter, po drugi strani, iz okoliščine, da je bila v postopku dodelitve koncesije iz postopka v glavni stvari postavljena v konkurenčni položaj z drugimi podjetji.

57 V teh okoliščinah tudi drugi pogoj, ki je potreben, da bi se podjetje izenačilo z javnim organom, ni izpolnjen.

58 Predložitveno sodišče sprašuje Sodišče tudi, ali je treba uporabiti Direktivo 80/723.

59 Ker se ta direktiva nanaša na preglednost finančnih odnosov med državami članicami in javnimi podjetji, je kot take ni mogoče uporabiti na področju, na katero se nanaša peto vprašanje.

60 Zato je treba na peto vprašanje odgovoriti, da če podjetje koncesionar sklene pogodbo, ki se nanaša na storitve, ki so zajete s koncesijo, ki ji jo je dodelil lokalni organ, obveznost preglednosti, ki izhaja iz členov 43 ES in 49 ES ter iz načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, ne velja, če:

– je to podjetje ustanovil lokalni organ za namene odstranjevanja odpadkov in čiščenja cestnih površin, vendar opravlja dejavnost tudi na trgu;

– ima ta lokalni organ v tem podjetju 51-odstotni delež, vendar se lahko sklepi glede upravljanja sprejmejo le s tričetrtinsko večino na skupščini te družbe;

– ta lokalni organ imenuje v tem podjetju le četrtino članov nadzornega sveta zadevnega podjetja, vključno s predsednikom nadzornega sveta, in

– to podjetje ustvari več kot polovico prometa na podlagi dvostranskih pogodb o odstranitvi odpadkov in čiščenju cestnih površin na območju tega lokalnega organa, ki jih ta financira z občinskimi davki, ki jih plačajo davkoplačevalci.

Prvo, drugo in četrto vprašanje

61 Predložitveno sodišče s prvim, drugim in četrtim vprašanjem, ki jih je treba obravnavati skupaj, v bistvu sprašuje, ali načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva iz členov 43 ES in 49 ES ter zahteva po preglednosti, ki izhaja iz njiju, nalagajo, po eni strani, nacionalnim organom, da odpovejo pogodbo, ob sklenitvi katere je bila kršena navedena obveznost, in, po drugi strani, nacionalnim sodiščem, da neuspešnemu ponudniku priznajo zahtevek za opustitev grozeče kršitve teh obveznosti ali za opustitev nadaljevanja take kršitve obveznosti. Nacionalno sodišče sprašuje tudi, ali se ta obveznost lahko obravnava kot del običajnega prava Unije.

62 Kot je bilo poudarjeno v točki 33 te sodbe, glede na trenutno stanje prava Unije koncesijske pogodbe za storitve ne ureja nobena izmed direktiv, s katerimi je urejeno področje javnih naročil.

63 V skladu s sodno prakso Sodišča je ob neobstoju predpisov Unije naloga nacionalnega pravnega reda posameznih držav članic, da določi pravna sredstva, ki so namenjena varstvu pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi prava Unije (glej v tem smislu sodbo z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet, C-432/05, Recueil, str. I-2271, točka 39 in navedena sodna praksa).

64 Ta pravna sredstva ne smejo biti manj ugodna od podobnih pravnih sredstev nacionalnega prava (načelo enakovrednosti) in v praksi ne smejo onemogočiti ali preveč otežiti uveljavljanja pravic, ki jim jih daje pravni red Unije (načelo učinkovitosti) (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Unibet, točka 43 in navedena sodna praksa).

65 Iz navedenega izhaja, da načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva iz členov 43 ES in 49 ES ter zahteva po preglednosti, ki izhaja iz njiju, ne nalagajo nacionalnim organom odpovedi pogodbe niti nacionalnim sodiščem sprejetja odredbe v vsakem primeru, ko se zatrjuje, da je bila v postopku dodelitve koncesije za storitve ta obveznost kršena. Naloga nacionalnega pravnega reda je, da določi pravna sredstva, ki so namenjena varstvu pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi te obveznosti, tako da ta pravna sredstva niso manj ugodna od podobnih pravnih sredstev nacionalnega prava in v praksi ne onemogočijo ali preveč otežijo uveljavljanja teh pravic.

66 Predložitveno sodišče, nazadnje, zastavlja še eno vprašanje. Po mnenju tega sodišča v skladu z nemškim civilnim zakonikom (Bürgerliches Gesetzbuch) varstveni zakon, na katerem bi temeljila odgovornost, ne more nastati na podlagi čisto pretorjanskega razvoja prava. V smislu tega zakonika lahko pravno pravilo nastane le na podlagi običajnega prava. Navedeno sodišče z navajanjem sodne prakse Bundesverfassungsgericht (ustavno sodišče) trdi, da se za priznanje običajnega prava zahteva daljša uporaba, ki je trajna in stalna, enaka in splošna, in da ga zadevni pravni subjekti priznavajo kot zavezujoče pravilo.

67 Vendar je po mnenju nacionalnega sodišča obveznost preglednosti, ki je opredeljena v sodbah Sodišča, tako nova, da je ni mogoče šteti za običajno pravo, kot je bilo opredeljeno v prejšnji točki.

68 V zvezi s tem je treba opozoriti, da obveznost preglednosti izhaja iz prava Unije in med drugim iz členov 43 ES in 49 ES (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Coname, točke od 17 do 19). Te določbe, katerih spoštovanje zagotavlja Sodišče, imajo v nacionalnem pravnem redu držav članic neposreden učinek in prednost pred določbami nacionalnega prava, ki so z njimi v nasprotju.

69 Med drugim na podlagi člena 4(3) PEU je naloga organov držav članic, da v okviru svojih pristojnosti zagotovijo spoštovanje pravnih pravil prava Unije (glej v tem smislu sodbo z dne 12. februarja 2008 v zadevi Kempter, C-2/06, ZOdl., str. I-411, točka 34 in navedena sodna praksa).

70 Naloga nacionalnega sodišča je, da določbo nacionalnega prava, ki jo mora uporabiti, razlaga tako, da je čim bolj v skladu z zahtevami prava Unije in da, natančneje, omogoča spoštovanje obveznosti preglednosti (glej v tem smislu sodbo z dne 27. februarja 2003 v zadevi Santex, C-327/00, Recueil, str. I-1877, točka 63 in navedena sodna praksa).

71 Glede na zgoraj navedeno je treba na prvo, drugo in četrto vprašanje odgovoriti, da načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva iz členov 43 ES in 49 ES ter zahteva po preglednosti, ki izhaja iz njiju, ne nalagajo nacionalnim organom odpovedi pogodbe niti nacionalnim sodiščem sprejetja odredbe v vsakem primeru, ko se zatrjuje, da je bila v postopku dodelitve koncesije za storitve ta obveznost kršena. Naloga nacionalnega pravnega reda je, da določi pravna sredstva, ki so namenjena varstvu pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi te obveznosti, tako da ta pravna sredstva niso manj ugodna od podobnih pravnih sredstev nacionalnega prava in v praksi ne onemogočijo ali preveč otežijo uveljavljanja teh pravic. Obveznost preglednosti izhaja neposredno iz členov 43 ES in 49 ES, ki

imata v nacionalnem pravnem redu državčlanic neposreden učinek in prednost pred nasprotnimi določbami nacionalnega prava.

Stroški

72 Ker je ta postopek za stranki v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (veliki senat) razsodilo:

1. Če so spremenjene določbe koncesijske pogodbe za storitve bistveno drugačne od določb, zaradi katerih je bila prvotna koncesijska pogodba dodeljena, in zato izkazujejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih določil te pogodbe, je treba v skladu z nacionalnim pravnim redom zadevne države članice naložiti sprejetje vseh ukrepov, ki so potrebni za ponovno vzpostavitev preglednosti postopka, skupaj z novim postopkom dodelitve. Po potrebi je treba izpeljati nov postopek dodelitve na podlagi pogojev, ki so prilagojeni specifičnosti zadevne koncesije za storitve, in omogočiti dostop do ustreznih informacij, ki se nanašajo na to koncesijo, podjetjem s sedežem na ozemlju druge države članice, preden se ta koncesija dodeli.

2. Če podjetje koncesionar sklene pogodbo, ki se nanaša na storitve, ki so zajete s koncesijo, ki ji jo je dodelil lokalni organ, obveznost preglednosti, ki

izhaja iz členov 43 ES in 49 ES ter iz načel enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, ne velja, če:

– **je to podjetje ustanovil lokalni organ za namene odstranjevanja odpadkov in čiščenja cestnih površin, vendar opravlja dejavnost tudi na trgu;**

– **ima ta lokalni organ v tem podjetju 51-odstotni delež, vendar se lahko sklepi glede upravljanja sprejmejo le s tričetrtinsko večino na skupščini te družbe;**

– **ta lokalni organ imenuje v tem podjetju le četrtino članov nadzornega sveta zadevnega podjetja, vključno s predsednikom nadzornega sveta, in**

– **to podjetje ustvari več kot polovico prometa na podlagi dvostranskih pogodb o odstranitvi odpadkov in čiščenju cestnih površin na območju tega lokalnega organa, ki jih ta financira z občinskimi davki, ki jih plačajo davkoplačevalci.**

3. **Načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva iz členov 43 ES in 49 ES ter zahteva po preglednosti, ki izhaja iz njiju, ne nalagajo nacionalnim organom odpovedi pogodbe niti nacionalnim sodiščem sprejetja odredbe v vsakem primeru, ko se zatrjuje, da je bila v postopku dodelitve koncesije za storitve ta obveznost kršena. Naloga nacionalnega pravnega reda je, da določi pravna sredstva, ki so namenjena varstvu pravic, ki jih imajo posamezniki na podlagi te obveznosti, tako da ta pravna sredstva niso manj ugodna od podobnih pravnih sredstev nacionalnega**

prava in v praksi ne onemogočijo ali preveč otežijo uveljavljanja teh pravic. Obveznost preglednosti izhaja neposredno iz členov 43 ES in 49 ES, ki imata v nacionalnem pravnem redu držav članic neposreden učinek in prednost pred nasprotnimi določbami nacionalnega prava.

Podpisi