РЕШЕНИЕ НА СЪДА (голям състав)

13 април 2010 година *

По дело C-91/08

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Landgericht Frankfurt am Main (Германия) с акт от 28 януари 2008 г., постъпил в Съда на 28 февруари 2008 г., в рамките на производство по дело

Wall AG

срещу

Община Франкфурт на Майн,

Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH,

* Език на производството: немски.

в присъствието на:

Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH,

СЪДЪТ (голям състав),

състоящ се от: г-н V. Skouris, председател, г-н A. Tizzano, г-н J. N. Cunha Rodrigues (докладчик), г-н K. Lenaerts, г-н J.-C. Bonichot, г-жа R. Silva de Lapuerta и г-жа C. Toader, председатели на състави, г-н C. W. A. Timmermans, г-н A. Rosas, г-н K. Schiemann, г-н J. Malenovský, г-н Ал. Арабаджиев и г-н J.-J. Kasel, съдии,

генерален адвокат: г-н Y. Bot,
секретар: г-н K. Malacek, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 9 юни 2009 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Wall AG, от адв. H.-J. Otto, Rechtsanwalt, както и от г-н C. Friese и г-н R. von zur Mühlen, Justitiare,

— за Община Франкфурт на Майн, от адв. L. Horn и адв. J. Sommer, Rechtsanwälte, както и от г-н B. Weiß, Justitiar,

— за Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, от адв. H. Höfler, Rechtsanwalt,

— за Deutsche Städte Medien (DSM) GmbH, от адв. F. Hausmann и адв. A. Mutschler-Siebert, Rechtsanwälte,

— за германското правителство, от г-н M. Lumma и г-н J. Möller, в качеството на представители,

— за датското правителство, от г-жа B. Weis Fogh, в качеството на представител,

— за нидерландското правителство, от г-жа C. Wissels и г-н Y. de Vries, в качеството на представители,

— за австрийското правителство, от г-н M. Fruhmann, в качеството на представител,

— за финландското правителство, от г-жа A. Guimaraes-Purokoski, в качеството на представител,

— за правителството на Обединеното кралство, от г-н S. Ossowski, в качеството на представител, подпомаган от г-н J. Coppel, barrister,

— за Комисията на Европейските общности, от г-н D. Kukovec, г-н B. Schima и г-н C. Zadra, в качеството на представители,

— за Надзорния орган на ЕАСТ, от г-н N. Fenger и г-н B. Alterskjær, както и от г-жа L. Armati, в качеството на представители,

след като изслуша заключението на генералния адвокат, представено в съдебното заседание от 27 октомври 2009 г.,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО, на принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, както и на произтичащото от тях задължение за прозрачност във връзка с предоставянето на концесии за услуги.

2 Запитването е отправено в рамките на спор между Wall AG (наричано по-нататък „Wall“) и Община Франкфурт на Майн (наричана по-нататък „Община Франкфурт“) относно предоставянето на концесия за услуги във връзка с експлоатирането и поддръжката на някои обществени тоалетни на територията на тази община.

Правна уредба

3 Член 2 от Директива 80/723/ЕИО на Комисията от 25 юни 1980 година относно прозрачността на финансовите отношения между държавите членки и публичните предприятия, както и относно финансовата прозрачност в рамките на някои предприятия (ОВ L 195, стр. 35), изменена с Директива 2000/52/ЕО на Комисията от 26 юли 2000 г. (ОВ L 193, стр. 75, наричана по-нататък „Директива 80/723“), предвижда:

„1. За целите на настоящата директива:

[…]

б) „публични предприятия“ означава всяко едно предприятие, върху което публичните органи могат да упражняват, пряко или косвено, господстващо влияние по силата на собствеността им върху предприятието, на финансовото им участие в него или на норми, регулиращи дейността му;

[…]

2. Приема се, че от страна на публичните органи съществува господстващо влияние по отношение на дадено предприятие, когато тези органи пряко или косвено:

а) притежават по-голямата част от записания капитал на предприятието, или

б) контролират мнозинството от гласовете по акциите, издадени от предприятието, или

в) могат да назначават повече от половината членове на управителния, ръководния или надзорния орган на предприятието.“ [неофициален превод]

4 Съгласно член 1, буква б) от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50), изменена с Директива 2001/78/ЕО на Комисията от 13 септември 2001 г. (ОВ L 285, стр. 1, наричана по-нататък „Директива 92/50“):

„б) „*възлагащи органи*“ са държавата, регионалните или местни органи, публичноправните организации или сдружения на един или няколко такива регионални или местни органа или една или няколко публичноправни организации.

„*Публичноправна организация*“ е всяка организация:

— създадена със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, без да има промишлен или търговски характер,

и

— който има правосубектност,

и е

— финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местни органи или други публичноправни организации; или е под управителния надзор на последните; или има управителен, ръководен или надзорен орган, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местни органи или от други публичноправни организации.

[…]“ [неофициален превод]

5 Член 17 от Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 и поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282) предвижда:

„Без да засяга прилагането на член 3, настоящата директива не се прилага за концесии за услуги, така както са определени в член 1, параграф 4.“

6 Член 80, параграф 1, първа алинея от Директива 2004/18 предвижда:

„Държавите членки въвеждат в сила необходимите законови, подзаконови и административни разпоредби, за да се съобразят с настоящата директива най-късно до 31 януари 2006 г. Те незабавно информират Комисията за това.“

7 Съгласно член 82, първа алинея от тази директива:

„Директива 92/50/ЕИО, с изключение на член 41 от нея, и директиви 93/36/ЕИО и 93/37/ЕИО се отменят, считано от датата, посочена в член 80, без да се засягат задълженията на държавите членки относно сроковете за транспониране и за прилагане, определени в приложение XI."

Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

8 Wall експлоатира рекламни пространства по улици и на обществени места и за тази цел по-специално осъществява дейност по производство, монтаж, поддръжка и почистване на обществени тоалетни.

9 Frankfurter Entsorgungs-und Service GmbH (наричано по-нататък „FES") е дружество с ограничена отговорност, частноправно юридическо лице, чийто предмет на дейност, посочен в дружествения договор, е обезвреждане и управление на отпадъци, услуги по чистотата, както и обезопасяване на движението за сметка на публични органи и частноправни субекти. Община Франкфурт притежава 51 % от капитала на FES, а останалите 49 % се притежават от частно предприятие. Решенията на FES се приемат от общото събрание с мнозинство от три четвърти от гласовете. Половината от шестнадесетте членове на надзорния съвет на FES се назначават от съдружниците. Работещите в дружеството определят осем членове, а всеки от съдружниците — четири. Община Франкфурт има право да предложи дадено лице за назначаване на длъжността председател на надзорния съвет, като председателят разполага с решаващ глас при равенство на гласовете. Във FES са наети около 1 400 лица, като 800 от тях осъществяват дейности, засягащи Община Франкфурт.

10 Дейностите, осъществявани от FES за Община Франкфурт, генерират нетен оборот от 92 милиона евро, а дейностите, осъществявани за други публичноправни и частноправни субекти, генерират нетен оборот от 52 милиона евро. 51,3 милиона евро от нетния оборот на FES от осъществяваните за Община

Франкфурт дейности през 2005 г. са получени за обезвреждане на отпадъци, а 36,2 милиона евро — за услуги по чистотата.

11 На 18 декември 2002 г. посредством „доброволно обявление за целия Европейски съюз“, публикувано в информационния бюлетин на Община Франкфурт, последната приканва заинтересованите лица да представят оферти във връзка с процедура за предоставяне на концесия за услуги по експлоатиране, ремонт, поддръжка и почистване на единадесет градски обществени тоалетни за срок от шестнадесет години. Две от единадесетте обществени тоалетни, а именно намиращите се на гарата в Rödelheim и в Galluswarte тоалетни, трябва да бъдат изградени повторно. Възнаграждението за тези дейности се ограничава до правото да се събира такса за ползване на съоръженията, както и правото по време на действието на договора да се експлоатират рекламни пространства във и до тоалетните, както и на други обществени места на територията на Община Франкфурт.

12 На 4 юли 2003 г. Община Франкфурт изпраща покана до заинтересованите предприятия за представяне на оферти. Към тази покана е приложен проект за концесионен договор за услуги, като член 18, параграф 2 и член 30, параграф 4 от него предвиждат, че подизпълнителят може да се променя само със съгласието на посочената община.

13 Wall, FES и три други предприятия, които също са установени в Германия, подават оферти.

14 От акта за преюдициално запитване следва, че в разработения от FES проект на оферта това предприятие посочва следното: „Предговор — […] Обявената от [Община Франкфурт] процедура за предоставяне на концесия дава възможност на FES, съвместно с толкова надежден и опитен партньор като [Wall], да обнови както материалната база, така и снабдителната мрежа на обществените тоалетни, както и да представи реалистично и отговорно спрямо наетите лица рефинасиране […]. Galluswarte — […] След съгласуване с властите под моста на железопътната линия до предградията ще се изгради напълно автоматизирана тоалетна „City-WC“ на [Wall] […]. Гарата в Rödelheim — Като се има предвид, че тоалетните на гарата в Rödelheim ще бъдат разрушени в рамките на преустройството на обекта, в съответствие с наличните планове ще се изгради напълно автоматизирана тоалетна „City-WC“ на [Wall] […]. Проект в областта

на безопасността — […] Тоалетните „City-WC“ са снабдени с напълно автоматизиран механизъм за самопочистване. Проект в областта на рекламата — […] Търговската експлоатация на рекламните пространства се осъществява посредством партньора на FES, [Wall], като това предприятие е специализирано в областта на рекламата, има опит в тази област и осъществява дейност в целия свят [….]. Използвани рекламни съоръжения — Ще бъдат използвани модерни съоръжения с естетичен вид, разработени от [Wall] […]“.

15 Wall притежава редица патенти във връзка с функционирането на тоалетните „City-WC“.

16 На 18 март 2004 г. Wall е отстранено от участие в процедурата за предоставяне на концесия и офертата му е отхвърлена.

17 На 9 юни 2004 г. концесията се предоставя на FES. На 20 и 22 юли 2004 г. между последното и Община Франкфурт се сключва съответен договор със срок на действие до 31 декември 2019 г. (наричан по-нататък „концесионният договор“). Съгласно акта за преюдициално запитване проектите на FES, изготвени вследствие на преговорите, са предмет на включено в договора споразумение. В писменото си становище обаче Община Франкфурт твърди, че съдържащите се в проекта на FES данни не са включени в съдържанието на концесионния договор. Било включено само определянето на Wall за един от подизпълнителите на FES.

18 От прегледа на текста на концесионния договор, предоставен с изпратената от националната юрисдикция преписка, е видно, че Wall е определено за подизпълнител, без в договора да са посочени други подробности относно неговите съоръжения или дейности.

19 Член 18, параграф 2 от концесионния договор предвижда, че FES осъществява строителните работи по изграждане на обществени тоалетни със собствени средства и/или посредством подизпълнители, сред които е Wall. Тази разпоредба предвижда, че подизпълнителят може да се променя само с писменото разрешение на Община Франкфурт.

20 В член 30, параграф 4 от същия договор се уточнява, че Wall е подизпълнител на FES за рекламните дейности, включени в предмета на разглежданата концесия. Съгласно тази разпоредба подизпълнителят може да се променя само с писменото разрешение на Община Франкфурт.

21 На 5 януари 2005 г. FES поканва Wall да представи оферта за рекламните дейности, предмет на предоставената на първото предприятие концесия. Освен това FES поканва предприятието Deutsche Städte Medien GmbH (наричано по-нататък „DSM“) да представи такава оферта.

22 Вследствие на това с писмо от 15 юни 2005 г. FES моли Община Франкфурт да даде съгласието си подизпълнителят във връзка с използването на рекламни съоръжения да се промени в полза на DSM. На 21 юни 2005 г. общината дава съгласието си за промяната на подизпълнителя.

23 FES възлага извършването на тези дейности на DSM и на 21 юни 2005 г. сключва с последното договор, в който се предвижда, че DSM заплаща на FES годишно възнаграждение в размер на 786 206 EUR.

24 На 28 юли 2005 г. FES иска да се представи оферта за доставката на две тоалетни „Wall-City-WC“. Wall представя оферта, но на 7 септември 2005 г. FES го уведомява, че е получило икономически по-изгодна оферта и следователно не може да вземе предвид офертата на Wall.

25 С писмо от 10 октомври 2005 г. FES моли Община Франкфурт в съответствие с концесионния договор да даде съгласието си за промяна на подизпълнителя с цел тези обществени тоалетни да се доставят не от Wall, а от други дружества.

26 На 19 декември 2005 г. Община Франкфурт отговаря на FES, че не би трябвало да бъде сезирана с въпроса за промяна на подизпълнителя във връзка с обществените тоалетни, тъй като смята, че занапред FES желае да осъществи строителните работи със собствени средства и само на своя отговорност. В това отношение Община Франкфурт уточнява, че според нея изискванията, описани в свързаните със сключването на договора документи, ще бъдат изпълнени.

27 Wall предявява иск пред запитващата юрисдикция с искане на FES да се разпореди, от една страна, да не изпълнява сключения с DSM договор относно рекламните дейности и от друга страна, да не сключва с трето лице и/или да не изпълнява договор относно повторното изграждане на двете обществени тоалетни. Wall иска също да се разпореди на Община Франкфурт да не дава съгласие за сключването на договор между FES и различен от Wall съдоговорител относно изграждането на тези две обществени тоалетни. При условията на евентуалност Wall иска Община Франкфурт и FES да бъдат солидарно осъдени да му заплатят сума в размер на 1 038 682,18 EUR заедно с лихвите.

28 При тези обстоятелства Landgericht Frankfurt am Main решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли принципът на равно третиране и общностният принцип на недопускане на дискриминация на основание гражданство, прогласени в членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО, да се тълкуват в смисъл, че произтичащите от тях задължения за прозрачност от страна на публичноправните органи, които се състоят в отварянето за конкуренция с подходящо равнище на публичност при предоставянето на концесии за услуги, както и осигуряването на контрола за безпристрастност на процедурите по предоставяне (вж. Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress, C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точки 60—62, Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname, C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точки 17—22, Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen, C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точки 46—50, Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV, C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 21 и Решение от 13 септември 2007 г. по дело Комисия/Италия, C-260/04, Сборник, стр. I-7083, точка 24), изискват националното право да признае правото в полза на участника, чиято оферта не е приета, да се издаде разпореждане, за да се предотврати предстоящо неизпълнение на тези задължения и/или да се преустанови такова неизпълнение?

2) При отрицателен отговор на първия преюдициален въпрос: посочените по-горе задължения за прозрачност част ли са от обичайното право на Европейските общности, в смисъл че вече се прилагат трайно и непрекъснато, по еднакъв и общ начин и са признати от съответните правни субекти като обвързващи правила за поведение?

3) Посочените в първия преюдициален въпрос задължения за прозрачност изискват ли също при намерение да се измени концесионен договор за услуги — включително промяна на конкретен, посочен в хода на процедурата подизпълнител — ново отваряне за конкуренция на преговорите по този въпрос, като се осигури подходящо равнище на публичност, и евентуално в съответствие с какви правила трябва да се осъществи подобно отваряне?

4) Посочените в първия преюдициален въпрос принципи и задължения за прозрачност трябва ли да се тълкуват в смисъл, че в случай на неизпълнение на задължения във връзка с концесия за услуги сключеният вследствие на това неизпълнение договор, който има за цел да породи или измени правоотношение по договор с продължително изпълнение, трябва да се прекрати?

5) Посочените в първия преюдициален въпрос принципи и задължения за прозрачност и член 86, параграф 1 ЕО евентуално във връзка с член 2, параграф 1, буква б) и параграф 2 от Директива [80/723] и член 1, параграф 9 от Директива [2004/18] трябва ли да се тълкуват в смисъл, че предприятие, в качеството на публично предприятие или на възлагащ орган, е длъжно да изпълнява тези задължения за прозрачност, когато

— е създадено от регионален или местен орган с оглед на обезвреждане на отпадъци и почистване на улици, но извършва дейност и на свободния пазар,

— 51 % от капитала му са собственост на административно-териториалната единица, но управленските решения могат да се вземат само с мнозинство от три четвърти от гласовете,

— посоченият регионален или местен орган назначава само една четвърт от членовете на надзорния съвет на въпросното предприятие, включително председателя на надзорния съвет, и

— повече от половината от оборота му е от двустранни договори за обезвреждане на отпадъци и почистване на улици на територията на административно-териториалната единица, като последната ги рефинансира от местните данъци и такси, платени от нейните граждани?“

По преюдициалните въпроси

Предварителна бележка

29 В главното производство се разглеждат две обстоятелства, а именно, от една страна, решението, с което FES променя подизпълнителя за рекламните дейности, предмет на предоставената на последното концесия от Община Франкфурт, като договорът, с който конкретно се урежда тази промяна, е сключен на 21 юни 2005 г. със съгласието на общината, и от друга страна, намерението на FES да възложи повторното изграждане на две обществени тоалетни на различен от Wall оператор. Това намерение е изразено в писмо от 10 октомври 2005 г., с което FES моли Община Франкфурт да даде съгласието си за промяна на подизпълнителя за тази дейност. С писмо от 19 декември 2005 г. общината отговаря на FES, че не би трябвало да бъде сезирана с въпроса за промяна на подизпълнителя във връзка с обществените тоалетни, тъй като смята, че занапред FES желае да осъществи строителните работи със собствени средства и само на своя отговорност. В акта за преюдициално запитване този отговор се тълкува в смисъл, че Община Франкфурт се съгласява с промяната на подизпълнителя във връзка с доставката на двете обществени тоалетни. С оглед на

това тълкуване за референтна дата при разглеждане на преюдициалното запитване трябва да се приеме 19 декември 2005 г. — датата на писмото, с което се предполага, че Община Франкфурт е дала съгласие за поисканата от FES промяна на подизпълнителя.

По третия въпрос

30 С третия си въпрос, който следва да се разгледа на първо място, запитващата юрисдикция иска да установи дали принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, прогласени в членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност изискват при намерение да се измени концесионен договор за услуги — включително промяна на конкретен, посочен в хода на процедурата подизпълнител — ново отваряне за конкуренция на преговорите по този въпрос, като се осигури подходящо равнище на публичност, и евентуално в съответствие с какви правила трябва да се осъществи подобно отваряне.

31 Този въпрос се отнася до прилагането на посочените в предходната точка правила и принципи за положение, в което при изпълнение на концесионен договор за услуги се предвижда замяна на един от подизпълнителите на концесионера.

32 Като се има предвид, че членове 43 ЕО и 49 ЕО уреждат специфични хипотези на прилагане на общата забрана за дискриминация на основание гражданство, прогласена в член 12 ЕО, с оглед на отговора на посочения въпрос не е необходимо позоваване на тези разпоредби (вж. в този смисъл Решение от 8 март 2001 г. по дело Metallgesellschaft и др., C-397/98 и C-410/98, Recueil, стр. I-1727, точки 38 и 39, както и Решение от 17 януари 2008 г. по дело Lammers & Van Cleeff, C-105/07, Сборник, стр. I-173, точка 14).

33 Съгласно действащото право на Съюза концесионните договори за услуги не се уреждат от директивите, с които законодателят на Съюза регламентира обществените поръчки (вж. Решение по дело Coname, посочено по-горе, точка 16 и Решение от 17 юли 2008 г. по дело ASM Brescia, C-347/06, Сборник, стр. I-5641, точка 57). Въпреки това публичните органи, сключващи такива договори, са длъжни да спазват основните правила на Договора за ЕО, по-конкретно членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и да изпълняват произтичащото от тях задължение за прозрачност (вж. в този смисъл Решение по дело Telaustria и Telefonadress, посочено по-горе, точки 60—62, Решение по дело Coname, посочено по-горе, точки 16—19 и Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе, точки 46—49).

34 Това задължение за прозрачност е налице, когато към съответната концесия за услуги може да прояви интерес предприятие от държава членка, различна от тази, в която се предоставя концесията (вж. в този смисъл Решение по дело Coname, посочено по-горе, точка 17; вж. също по аналогия Решение от 13 ноември 2007 г. по дело Комисия/Ирландия, C-507/03, Сборник, стр. I-9777, точка 29 и Решение от 21 февруари 2008 г. по дело Комисия/Италия, C-412/04, Сборник, стр. I-619, точка 66).

35 Обстоятелството, че в главното производство към концесията за услуги могат да проявяват интерес предприятия от държави членки, различни от Федерална република Германия, е видно от акта за преюдициално запитване, доколкото запитващата юрисдикция констатира, че обявлението е публикувано в информационния бюлетин на Община Франкфурт „за целия Европейски съюз“ и че според нея неизпълнението на задължението за прозрачност би могло да представлява най-малко потенциална дискриминация спрямо предприятията от другите държави членки.

36 Задължението за прозрачност, което носят публичните органи, сключващи концесионен договор за услуги, се състои в гарантиране за всеки потенциален участник на подходящо равнище на публичност, което да осигури конкурентно начало при концесията на услуги, както и контрола за безпристрастност на процедурите по предоставяне (вж. Решение по дело Telaustria и Telefonadress, посочено по-горе, точки 60—62, Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе, точки 46—49 и Решение по дело ANAV, посочено по-горе, точка 21).

37 С оглед на осигуряването на прозрачност на процедурите и равно третиране на участниците съществените изменения, направени в основните клаузи на концесионен договор за услуги, могат в някои случаи да наложат сключването на нов концесионен договор, когато имат съществено различни характеристики от тези на първоначалния концесионен договор, и следователно могат да изразяват волята на страните да договорят отново съществените условия на този договор (вж. по аналогия с обществените поръчки Решение от 5 октомври 2000 г. по дело Комисия/Франция, C-337/98, Recueil, стр. I-8377, точки 44 и 46 и Решение от 19 юни 2008 г. по дело pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, Сборник, стр. I-4401, точка 34).

38 Изменението на концесионен договор за услуги в рамките на периода му на действие може да бъде прието за съществено, когато с него се въвеждат условия, които, ако са били налице при първоначалната процедура за предоставяне, са щели да позволят допускането на участници, различни от първоначално допуснатите, или да позволят приемане на оферта, различна от първоначално приетата (вж. по аналогия Решение по дело pressetext Nachrichtenagentur, посочено по-горе, точка 35).

39 Промяната на подизпълнител дори когато възможността за това е предвидена в договора, може при изключителни обстоятелства да представлява изменение на един от съществените елементи на концесионния договор, когато предвид характеристиките на съответната дейност наемането по-скоро на един подизпълнител отколкото на друг е от решаващо значение за сключването на договора, като във всеки случай това следва да се провери от запитващата юрисдикция.

40 Запитващата юрисдикция отбелязва, че в приложения към офертата, подадена от FES пред Община Франкфурт, проект първото посочва, че ще използва тоалетните „City-WC“ на Wall. Според юрисдикцията в такъв случай е вероятно концесията да е предоставена на FES с оглед на посочения от него подизпълнител.

41 Националната юрисдикция трябва да определи дали са налице описаните в точки 37—39 от настоящото решение положения.

42 Ако при тази преценка запитващата юрисдикция заключи, че е налице изменение на един от съществените елементи на концесионния договор, в съответствие с вътрешния правов ред на съответната държава членка би следвало да се разпоредят всички необходими мерки, за да се възстанови прозрачността в процедурата, включително да се проведе нова процедура за предоставяне. Ако е необходимо, новата процедура за предоставяне би трябвало да бъде организирана в съответствие с правила, приспособени към спецификите на съответната концесия за услуги, и да позволи на предприятие от друга държава членка да получи достъп до необходимата информация относно посочената концесия, преди тя да бъде предоставена.

43 Следователно на третия въпрос следва да се отговори, че когато измененията в разпоредбите на концесионен договор за услуги имат съществено различни характеристики от тези, които са обосновали сключването на първоначалния концесионен договор, и следователно могат да изразяват волята на страните да предоговорят съществените условия на този договор, в съответствие с вътрешния правов ред на съответната държава членка би следвало да се разпоредят всички необходими мерки, за да се възстанови прозрачността в процедурата, включително да се проведе нова процедура по предоставяне. Ако е необходимо, новата процедура за предоставяне би трябвало да бъде организирана в съответствие с правила, приспособени към спецификите на съответната концесия за услуги, и да позволи на предприятие от друга държава членка да получи достъп до необходимата информация относно посочената концесия, преди тя да бъде предоставена.

По петия въпрос

44 С петия си въпрос, който следва да се разгледа на второ място, запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали с оглед на член 86, параграф 1 ЕО евентуално във връзка с член 2, параграф 1, буква б) и параграф 2 от Директива 80/723 и член 1, параграф 9 от Директива 2004/18 дадено предприятие концесионер с характеристики като тези на FES е длъжно да изпълнява задължението за прозрачност, произтичащо от членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и от принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на

основание гражданство, когато сключва договор във връзка с услуги, попадащи в предмета на предоставената му от публичния орган концесия.

45 По-конкретно запитващата юрисдикция иска да установи дали член 86, параграф 1 ЕО е релевантен, за да се определи кога е налице посоченото задължение за прозрачност.

46 Що се отнася до член 86, параграф 1 ЕО, достатъчно е да се напомни, че адресати на тази разпоредба са държавите членки, а не пряко предприятията.

47 За да се установи дали образувание с характеристики като тези на FES може да се приравни на публичен орган, длъжен да изпълнява задължението за прозрачност, е необходимо да се вземат предвид някои аспекти на съдържащото се в член 1, буква б) от Директива 92/50 определение на понятието за възлагащи органи във връзка с обществените поръчки за услуги, доколкото тези аспекти отговарят на изискванията, наложени от прилагането за концесиите за услуги на задължението за прозрачност, произтичащо от членове 43 ЕО и 49 ЕО.

48 Всъщност с последните разпоредби и с принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, както и с произтичащото от тях задължение за прозрачност се преследват цели, които са идентични с изложените в посочената директива и са свързани по-конкретно със свободното движение на услуги и с осигуряването на ненарушена конкуренция в държавите членки.

49 С оглед на изложеното по-горе следва да се провери дали са изпълнени две условия, а именно, от една страна, държавата или друг публичен орган да упражняват действителен контрол върху съответното предприятие и от друга страна, то да не осъществява дейност на пазара при условията на конкуренция.

50 Що се отнася до първото от тези условия, от акта за преюдициално запитване следва, че макар Община Франкфурт да притежава 51 % от капитала на FES, притежаването на този дял от капитала не ѝ позволява действително да упражнява контрол върху управлението на това предприятие. Всъщност за приемането

на решения от общото събрание е необходимо мнозинство от три четвърти от гласовете.

51 Освен това останалите 49 % от капитала на FES се притежават не от един или няколко други публични органа, а от частно предприятие, чиято дейност поради това се ръководи от свързани с частните интереси съображения и преследва цели, различни от свързаните с обществен интерес (вж. в този смисъл Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau, C-26/03, Recueil, стр. I-1, точка 50).

52 В допълнение Община Франкфурт разполага само с една четвърт от гласовете в надзорния съвет на FES. Обстоятелството, че общината има право да предлага дадено лице за назначаване на длъжността председател на надзорния съвет на това предприятие, като председателят разполага с решаващ глас при равенство на гласовете, не е достатъчно, за да ѝ позволи да упражнява решаващо влияние върху FES.

53 При тези обстоятелства не е изпълнено условието, свързано с действителен контрол от страна на държавата или на друг публичен орган.

54 Що се отнася до второто условие, посочено в точка 49 от настоящото решение, запитващата юрисдикция отбелязва, че повече от половината от оборота на FES е от двустранни договори за обезвреждане на отпадъци и почистване на улици на територията на Община Франкфурт.

55 Подобно правоотношение трябва да се приравни на съществуващото при обичайните търговски отношения, възникващи в рамките на двустранни договори, при сключването на които съдоговорителите разполагат със свобода на договаряне (вж. в този смисъл Решение от 3 октомври 2000 г. по дело University of Cambridge, C-380/98, Recueil, стр. I-8035, точка 25).

56 Впрочем от акта за преюдициално запитване може да се заключи, че FES осъществява дейност на пазара при условията на конкуренция, както произтича, от една страна, от обстоятелството, че съществена част от печалбите му са от дейности за публични органи, различни от Община Франкфурт, и за осъществяващи дейност на пазара частни предприятия, и от друга страна, от обстоятелството, че тя се конкурира с други предприятия, за да получи разглежданата в главното производство концесия.

57 При тези обстоятелства не е изпълнено и второто условие, необходимо за приравняване на предприятие на публичен орган.

58 Запитващата юрисдикция отправя запитване до Съда и относно евентуалната приложимост на Директива 80/723.

59 Доколкото се отнася до прозрачността във финансовите отношения между държавите членки и публичните предприятия, тази директива сама по себе си не е приложима за изложените в петия въпрос хипотези.

60 Ето защо на петия въпрос следва да се отговори, че когато предприятие концесионер сключва договор във връзка с услуги, попадащи в предмета на предоставената му от регионален или местен орган концесия, задължението за прозрачност, произтичащо от членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и от принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, не е налице, ако:

— това предприятие е създадено от посочения регионален или местен орган с оглед на обезвреждане на отпадъци и почистване на улици, но извършва дейност и на свободния пазар,

— 51 % от капитала на това предприятие са собственост на административно-териториалната единица, но управленските решения могат да се вземат само с мнозинство от три четвърти от гласовете в общото събрание на предприятието,

— само една четвърт от членовете на надзорния съвет на предприятието, включително председателят на този съвет, се назначават от същия регионален или местен орган, и

— повече от половината от оборота на предприятието е от двустранни договори за обезвреждане на отпадъци и почистване на улици на територията на административно-териториалната единица, като последната ги рефинансира от местните данъци и такси, платени от нейните граждани.

По първия, втория и четвъртия въпрос

61 С първия, втория и четвъртия си въпрос, които следва да се разгледат заедно, запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, прогласени в членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност изискват, от една страна, националните органи да прекратят договор, сключен при неизпълнение на посоченото задължение за прозрачност, и от друга страна, националните юрисдикции да признаят правото в полза на участника, чиято оферта не е приета, да се издаде разпореждане, за да се предотврати предстоящо неизпълнение на това задължение или да се преустанови такова неизпълнение, което вече е налице. Националната юрисдикция иска също да се установи дали може да се приеме, че това задължение е част от обичайното право на Съюза.

62 Както е уточнено в точка 33 от настоящото решение, съгласно действащото право на Съюза концесионните договори за услуги не се уреждат в директивите, регламентиращи материята на обществените поръчки.

63 Съгласно практиката на Съда при липса на правна уредба на Съюза вътрешният правов ред на всяка държава членка трябва да уреди правните средства за гарантиране на защитата на правата, които правните субекти извеждат от правото на Съюза (вж. в този смисъл Решение от 13 март 2007 г. по дело Unibet, C-432/05, Сборник, стр. I-2271, точка 39 и цитираната съдебна практика).

64 Такива средства за защита не трябва да бъдат по-неблагоприятни от подобни вътрешноправни средства за защита (принцип на равностойността) и не трябва да правят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на правата, предоставени от правовия ред на Съюза (принцип на ефективността) (вж. в този смисъл Решение по дело Unibet, посочено по-горе, точка 43 и цитираната съдебна практика).

65 От това следва, че принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, прогласени в членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност не изискват националните органи да прекратят договор, нито националните юрисдикции да издадат разпореждане при всеки случай на твърдяно неизпълнение на това задължение при предоставянето на концесии за услуги. Националният правов ред трябва да уреди правните средства за защита, които да осигурят спазване на правата, произтичащи за правните субекти от това задължение, така че тези средства за защита да не са по-неблагоприятни от подобни вътрешноправни средства за защита и да не правят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на тези права.

66 Накрая запитващата юрисдикция повдига и друг въпрос. Според нея изведените единствено в съдебната практика правни положения не биха могли да представляват правна норма за защита, въз основа на която съгласно германския граждански кодекс (Bürgerliches Gesetzbuch) да възниква отговорност. Само правният обичай представлява източник на правни норми по смисъла на този кодекс. Като се позовава на практиката на Bundesverfassungsgericht (Федерален конституционен съд), посочената юрисдикция потвърждава, че признаването на обичайното право предполага продължително, трайно и непрекъснато прилагане по еднакъв и общ начин, както и приемането му като обвързващо правило за поведение от съответните правни субекти.

67 Въпреки това според националната юрисдикция задължението за прозрачност е изведено неотдавна в практиката на Съда, така че не може да се приеме, че то е част от обичайното право, определено в предходната точка.

68 В това отношение следва да се отбележи, че задължението за прозрачност произтича от правото на Съюза, и по-конкретно от членове 43 ЕО и 49 ЕО (вж. в този смисъл Решение по дело Coname, посочено по-горе, точки 17—19). Тези разпоредби, за чието спазване следи Съдът, имат непосредствено действие във вътрешния правов ред на държавите членки и имат предимство пред всяка разпоредба от националното право, която им противоречи.

69 По-специално по силата на член 4, параграф 3 ДЕС в рамките на своите правомощия всички органи на държавите членки имат задължението да гарантират спазването на нормите на правото на Съюза (вж. в този смисъл Решение от 12 февруари 2008 г. по дело Kempter, C-2/06, Сборник, стр. I-411, точка 34 и цитираната съдебна практика).

70 Националната юрисдикция трябва, доколкото е възможно, да тълкува вътрешния закон, който следва да приложи, в съответствие с изискванията на правото на Съюза, което по-конкретно да позволи да се гарантира изпълнението на задължението за прозрачност (вж. в този смисъл Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Santex, C-327/00, Recueil, стр. I-1877, точка 63 и цитираната съдебна практика).

71 С оглед на изложеното по-горе на първия, втория и четвъртия въпрос следва да се отговори, че принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, прогласени в членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност не изискват националните органи да прекратят договор, нито националните юрисдикции да издадат разпореждане при всеки случай на твърдяно неизпълнение на това задължение при предоставянето на концесии за услуги. Националният правов ред трябва да уреди правните средства за защита, които да осигурят спазване на правата, произтичащи за правните субекти от това задължение, така че тези средства за защита да не са по-неблагоприятни от подобни вътрешноправни средства за защита и да не правят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на тези права. Задължението за прозрачност произтича пряко от членове 43 ЕО и 49 ЕО, които имат непосредствено действие във вътрешния

правов ред на държавите членки и имат предимство пред всяка разпоредба от националните правни системи, която им противоречи.

По съдебните разноски

72 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (голям състав) реши:

1) Когато измененията в разпоредбите на концесионен договор за услуги имат съществено различни характеристики от тези, които са обосновали сключването на първоначалния концесионен договор, и следователно могат да изразяват волята на страните да предоговорят съществените условия на този договор, в съответствие с вътрешния правов ред на съответната държава членка би следвало да се разпоредят всички необходими мерки, за да се възстанови прозрачността в процедурата, включително да се проведе нова процедура по предоставяне. Ако е необходимо, новата процедура за предоставяне би трябвало да бъде организирана в съответствие с правила, приспособени към спецификите на съответната концесия за услуги, и да позволи на предприятие от друга държава членка да получи достъп до необходимата информация относно посочената концесия преди тя да бъде предоставена.

2) Когато предприятие концесионер сключва договор във връзка с услуги, попадащи в предмета на предоставената му от регионален или местен орган концесия, задължението за прозрачност, произтичащо

от членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и от принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, не е налице, ако:

— **това предприятие е създадено от посочения регионален или местен орган с оглед на обезвреждане на отпадъци и почистване на улици, но извършва дейност и на свободния пазар,**

— **51 % от капитала на това предприятие са собственост на административно-териториалната единица, но управленските решения могат да се вземат само с мнозинство от три четвърти от гласовете в общото събрание на предприятието,**

— **само една четвърт от членовете на надзорния съвет на предприятието, включително председателят на този съвет, се назначават от същия регионален или местен орган, и**

— **повече от половината от оборота на предприятието е от двустранни договори за обезвреждане на отпадъци и почистване на улици на територията на административно-териториалната единица, като последната ги рефинансира от местните данъци и такси, платени от нейните граждани.**

3) **Принципите на равно третиране и на недопускане на дискриминация на основание гражданство, прогласени в членове 43 ЕО и 49 ЕО, както и произтичащото от тях задължение за прозрачност не изискват националните органи да прекратят договор, нито националните юрисдикции да издадат разпореждане при всеки случай на твърдяно неизпълнение на това задължение при предоставянето на концесии за услуги. Националният правов ред трябва да уреди правните средства за защита, които да осигурят спазване на правата, произтичащи за правните субекти от това задължение, така че тези средства за защита да не са**

по-неблагоприятни от подобни вътрешноправни средства за защита и да не правят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на тези права. Задължението за прозрачност произтича пряко от членове 43 ЕО и 49 ЕО, които имат непосредствено действие във вътрешния правов ред на държавите членки и имат предимство пред всяка разпоредба от националните правни системи, която им противоречи.

Подписи