OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO YVES'A BOTA
przedstawiona w dniu 27 października 2009 r.[1]

1. W niniejszym odesłaniu prejudycjalnym Landgericht Frankfurt am Main (Niemcy) zastanawia się zasadniczo nad zakresem obowiązku przejrzystości oraz konsekwencjami, jakie należy wyciągnąć w przypadku naruszenia tego obowiązku w ramach postępowania w sprawie udzielenia koncesji na usługi.

2. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym został złożony w ramach sporu między przedsiębiorstwem Wall AG[2] a Stadt Frankfurt am Main (miastem Frankfurt nad Menem) oraz przedsiębiorstwem Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], dotyczącego wykonania koncesji na prowadzenie, utrzymanie i konserwację toalet publicznych w mieście.

3. Sprawa ta umożliwi Trybunałowi określenie warunków wyrażenia zgody przez instytucję zamawiającą na zmianę umowy koncesyjnej w trakcie jej wykonywania, bez naruszenia przy tym zakresu obowiązku przejrzystości.

4. Sprawa ta również daje Trybunałowi okazję określenia warunków, w których przestrzeganie tego obowiązku ciąży na podmiocie z kapitałem mieszanym, utworzonym w ramach partnerstwa publicznoprawnego.

5. Wreszcie pytania postawione przez Landgericht Frankfurt am Main umożliwią Trybunałowi określenie zasad kontroli sądowej decyzji wydanych w ramach udzielania koncesji na usługi. W szczególności Trybunał winien zbadać, czy w przypadku gdy właściwy sąd krajowy stwierdza naruszenie obowiązku przejrzystości w ramach postępowania w sprawie udzielenia koncesji na usługi, prawo wspólnotowe wymaga, by państwa członkowskie uznały uprawnienie po stronie sądów krajowych do wydania nakazu względem stron umowy.

1 — Język oryginału: francuski.
2 — Zwanym dalej „skarżącą".
3 — Zwanym dalej „FES".

I — Wspólnotowe ramy prawne

A — *Prawo pierwotne*

6. Traktat WE nie ogranicza swobody państw członkowskich do zawierania umów koncesyjnych na usługi, o ile warunki ich przyznania są zgodne z przepisami ustanawiającymi jednolity rynek i zapewniającymi jego właściwe funkcjonowanie.

7. Tak więc podobnie jak każdy akt państwowy ustalający warunki, którym podlega wykonywanie działalności gospodarczej, udzielenie koncesji powinno być zgodne z traktatowymi zasadami w dziedzinie swobody przedsiębiorczości (art. 43 WE) i swobody świadczenia usług (art. 49 WE) oraz powinno podlegać przepisom zakazującym wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową (art. 12 akapit pierwszy WE).

8. Udzielenie koncesji winno ponadto odbywać się na zasadach określonych przez Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich na podstawie tych przepisów, a w szczególności zgodnie z zasadami równego traktowania i przejrzystości, których zakres zostanie przedstawiony poniżej. O ile orzecznictwo Trybunału dotyczy w szczególności sporów z dziedziny zamówień publicznych, o tyle wynikające z niego zasady mają zakres wykraczający poza zwykłe ramy wyżej wspomnianych zamówień. Oprę się na założeniu, że zasady te obowiązują również w odniesieniu do innych sytuacji, a w szczególności do koncesji.

B — *Prawo wtórne*

9. Umowy koncesyjne na świadczenie usług w obecnym stanie prawa wspólnotowego nie są regulowane przez prawo wtórne [4]. Niemniej jednak przepisy przyjęte w ramach dyrektyw w sprawie udzielania zamówień publicznych umożliwiają ocenę niektórych warunków zawierania tego rodzaju umów.

1. Przepisy dotyczące koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi

10. Pojęcie „instytucje zamawiające" w pierwszej kolejności zostało zdefiniowane w art. 1

4 — Obecnie wtórne prawo wspólnotowe zawiera jedynie przepisy mające zastosowanie do koncesji na roboty budowlane udzielanych w sektorach klasycznych.

lit. b) dyrektywy 92/50/EWG[5]. Zgodnie z motywem ósmym dyrektywa ta ma zastosowanie do zamówień publicznych na usługi[6] i z tego powodu wyłącza ze swojego zakresu zastosowania koncesje na usługi. Dyrektywa 92/50 ma na celu zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie usług i towarów oraz ochronę interesów podmiotów gospodarczych, które zamierzają oferować swe towary lub usługi instytucjom zamawiającym mającym siedzibę w innym państwie członkowskim[7].

11. Artykuł 1 lit. b) tej dyrektywy definiuje pojęcie „instytucje zamawiające" w następujący sposób:

„»instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki zawarte przez co najmniej jedną taką jednostkę lub podmiot prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

— ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, który nie ma charakteru przemysłowego lub handlowego,

oraz

— posiadający osobowość prawną,

oraz

— finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego, lub jeżeli jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji, lub jeżeli ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

5 — Dyrektywa Rady z dnia 18 czerwca 1992 r. odnosząca się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, s. 1), w brzmieniu zmienionym dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. (Dz.U. L 285, s. 1, zwana dalej: „dyrektywą 92/50").

6 — Zgodnie z art. 1 lit. a) dyrektywy 92/50 zamówienia publiczne na usługi oznaczają umowy o charakterze odpłatnym, zawierane na piśmie pomiędzy usługodawcą a instytucją zamawiającą. Z zamówieniem publicznym na usługi w rozumieniu tej dyrektywy związane jest wzajemne świadczenie pieniężne uiszczane bezpośrednio usługodawcy przez instytucję zamawiającą.

7 — Wyrok z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-939, pkt 41, 42 i przytoczone tam orzecznictwo.

[…]".

12. Pojęcie „koncesja na usługi" zostało następnie zdefiniowane w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18/WE [8], w której dokonano przekształcenia wszystkich przepisów dotyczących udzielania zamówień publicznych na usługi, dostawy i roboty budowlane [9].

13. Zgodnie z tym przepisem, koncesja na usługi to „umowa tego samego rodzaju jak zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania [prowadzenia] z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością".

14. Ponadto w art. 1 ust. 9 dyrektywa ta powtarza w identycznym brzmieniu definicję pojęcia „podmiot prawa publicznego",

określoną w art. 1 lit. b) akapit drugi dyrektywy 92/50.

2. Dyrektywa 89/665/EWG

15. Dyrektywa 89/665/EWG [10] umożliwia w zasadniczy sposób zwiększenie gwarancji przejrzystości i braku dyskryminacji w ramach otwarcia rynku zamówień publicznych na konkurencję, zobowiązując państwa członkowskie do udostępnienia skutecznych i szybkich procedur odwoławczych w przypadkach naruszenia przepisów dyrektyw o zamówieniach publicznych [11]. Zgodnie z art. 1 dyrektywy, procedury te, zgodnie ze szczegółowymi przepisami, które państwa członkowskie mogą wprowadzić, powinny być dostępne każdemu podmiotowi, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia publicznego, w przypadku gdy taki podmiot doznał uszczerbku lub zagraża mu doznanie uszczerbku w wyniku domniemanego naruszenia przepisów.

8 — Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

9 — Odpowiednio, w zakresie zamówień publicznych na usługi jest to dyrektywa 92/50; w zakresie zamówień publicznych na dostawy dyrektywa Rady 77/62/EWG z dnia 21 grudnia 1976 r. (Dz.U. 1977 L 13, s. 1) oraz w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane dyrektywa Rady 71/305/EWG z dnia 26 lipca 1971 r. (Dz.U. L 185, s. 5), zwane dalej wspólnie dyrektywami o zamówieniach publicznych".

10 — Dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395, s. 33), zmieniona dyrektywą 92/50, zwana dalej: „dyrektywą 89/665". Dyrektywa ta została ostatnio zmieniona dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 335, s. 31).

11 — Podczas gdy art. 1 dyrektywy 89/665 dotyczył wyłącznie postępowań udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane i dostawy, dyrektywa 2007/66 rozszerza zakres jego stosowania na zamówienia publiczne na usługi.

16. Z uwagi na krótki czas trwania postępowań w sprawie udzielania zamówień procedury te, zgodnie z art. 2 dyrektywy 89/665, powinny umożliwić nie tylko pilne rozpatrzenie domniemanych naruszeń i podjęcie środków tymczasowych, ale również uchylenie bezprawnych decyzji oraz przyznanie odszkodowania podmiotom poszkodowanym. Przepis ten brzmi następująco:

„1 Państwa członkowskie zapewnią wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art.odpowiednich środków obejmujących prawo do:

a) podjęcia, w możliwie najkrótszym terminie, w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu naprawy domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy, w tym zawieszenia lub doprowadzenia do zawieszenia procedury udzielania zamówienia publicznego lub wykonania decyzji podjętych przez instytucję zamawiającą;

b) uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji […];

c) przyznania odszkodowania podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia.

[…]

6. Stosowanie uprawnień, określonych w ust. 1, do umowy podpisanej wskutek udzielenia zamówienia określają przepisy krajowe.

[…]”.

17. Jak już wskazałem, dyrektywa 89/665 została zmieniona dyrektywą 2007/66. Ta ostatnia zmierza do poprawy skuteczności krajowych procedur odwoławczych oraz wyszczególnia przypadki, w których umowa zawarta z naruszeniem przepisów proceduralnych w sprawie udzielania zamówień publicznych zostanie uznana za nieskuteczną.

3. Dyrektywa 80/723/EWG

18. Artykuł 2 dyrektywy 80/723/EWG [12] brzmi następująco:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy:

[…]

b) przez pojęcie »przedsiębiorstwa publiczne« rozumie się każde przedsiębiorstwo, na które władze publiczne mogą, bezpośrednio lub pośrednio, wywierać dominujący wpływ z racji bycia jego właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego lub zasad, które nim rządzą;

[…]

12 — Dyrektywa Komisji z dnia 25 czerwca 1980 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi i przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.U. L 195, s. 35), zmieniona dyrektywą Komisji 2000/52/WE z dnia 26 lipca 2000 r. (Dz.U. L 193, s. 75), zwana dalej: „dyrektywą 80/723".

2. Dominujący wpływ ze strony władz publicznych ma miejsce wówczas, gdy władze te, pośrednio lub bezpośrednio, w odniesieniu do przedsiębiorstwa:

a) posiadają większą część subskrybowanego kapitału przedsiębiorstwa; lub

b) kontrolują większość głosów przypadających na akcje wyemitowane przez przedsiębiorstwa; lub

c) mogą mianować więcej niż połowę członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego przedsiębiorstwa".

II — Stan faktyczny i postępowanie przed sądem krajowym

19. Okoliczności faktyczne, które uważam za istotne dla mojej analizy, podsumuję w następujący sposób.

20. Umowa będąca przedmiotem niniejszej sprawy jest umową koncesyjną na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18. Umowa ta została zawarta pomiędzy Stadt Frankfurt am Main, które – jako jednostka samorządu terytorialnego – jest uważane za „instytucję zamawiającą" w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50, a przedsiębiorstwem FES. Wspomniana umowa ma za przedmiot prowadzenie, utrzymanie i konserwację jedenastu toalet publicznych w obrębie Stadt Frankfurt am Main oraz obejmuje modernizację dwóch toalet publicznych na dworcach Rödelheim i Galluswarte, co stanowi usługę w rozumieniu art. 8 dyrektywy oraz aneksu I A do tej dyrektywy.

21. Sporna umowa została zawarta na okres 16 lat. FES, będąca głównym wykonawcą, nie jest opłacana przez Stadt Frankfurt am Main, ale otrzymuje opłaty ponoszone przez użytkowników oraz posiada wyłączne prawo do korzystania z powierzchni ścian toalet w celach reklamowych. Ten sposób wynagrodzenia oznacza, że FES bierze na siebie ryzyko związane z prowadzeniem spornych usług.

22. Ta koncesja została przyznana FES na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Oferty złożone przez przedsiębiorstwa, w tym oferta FES oraz skarżącej, zostały ocenione w świetle wielu kryteriów udzielenia zamówienia określonych w zaproszeniu do składania ofert. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, każdemu z tych kryteriów przyznano określoną wagę i przedstawiono je w malejącej kolejności według wagi przypisanej im przez Stadt Frankfurt am Main [13].

23. W ramach swojej oferty FES przedstawiła skarżącą jako swego podwykonawcę w zakresie usług reklamowych i dostawy modułów toalet niezbędnych do wykonania powierzonych usług. FES powołała się w szczególności na światową renomę oraz wiedzę techniczną skarżącej w tych dziedzinach. Stadt Frankfurt am Main wybrało ofertę FES.

24. W następstwie zawartej w dniach 20 i 22 lipca 2004 r. umowy koncesyjnej FES wezwała skarżącą oraz interwenienta, Deutsche Städte Medien GmbH [14], do przedstawienia ofert na dostawę usług reklamowych w dniu

13 — W kolejności: ograniczone żądania reklamowe (30%), znaczenie projektu przedsiębiorcy (toalety publiczne) (15%), wiarygodność projektu reklamowego (10%), znaczenie projektu w zakresie bezpieczeństwa (10%), łatwość korzystania z toalet (10%), przydatność toalet (10%), integracja toalet z otoczeniem miejskim (5%), estetyka toalet (5%) oraz oddziaływanie na środowisko (5%).

14 — Owym przedsiębiorstwem jest nikt inny, jak tylko Ströer City-Marketing GmbH, główny konkurent FES w uzyskaniu koncesji (zwany dalej: „DSM").

5 stycznia 2005 r. oraz na dostawę modułów toalet w dniu 28 lipca 2005 r. Oferty skarżącej nie zostały przyjęte.

25. Na podstawie art. 30 IV umowy koncesyjnej FES zwróciła się do Stadt Frankfurt am Main o zgodę na zmianę podwykonawcy. Stadt Frankfurt am Main nie zgłosiło żadnych zastrzeżeń i dodało ponadto, że standardy wyszczególnione w specyfikacji przetargowej zostaną zachowane pomimo tej zmiany.

26. W postępowaniu przed sądem krajowym skarżąca zarzuca Stadt Frankfurt am Main naruszenie obowiązku przejrzystości poprzez zezwolenie na wspomnianą wyżej zmianę i dokonanie w ten sposób istotnej zmiany umowy koncesyjnej zawartej z FES.

III — Postanowienie odsyłające

27. Landgericht Frankfurt am Main postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy wyrażone również w art. 12 [WE], 43 [WE] i 49 WE zasadę równego traktowania oraz wspólnotową zasadę niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową należy interpretować w ten sposób, że wynikający z nich dla organów władzy publicznej obowiązek przejrzystości polegający na otwarciu na konkurencję procesu udzielania koncesji na usługi poprzez zachowanie odpowiedniego poziomu jawności oraz na umożliwieniu kontroli bezstronności postępowań przetargowych[15] wymagają, aby prawo krajowe przyznawało konkurentowi, którego oferta została odrzucona, roszczenie o zaniechanie grożącego naruszenia tego obowiązku i/lub o zaniechanie trwającego naruszenia?

2) W razie udzielenia odpowiedzi przeczącej na pytanie pierwsze: czy [wymieniony wyżej] obowiązek przejrzystości należy do prawa zwyczajowego Wspólnot Europejskich w tym sensie, że jest stosowany w sposób stały, jednakowy i powszechny oraz jest uznany przez zainteresowane podmioty za wiążącą normę?

3) Czy obowiązek przejrzystości wymieniony w pytaniu 1 wymaga również

15 — Sąd krajowy odnosi się do wyroków: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60–62; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 17–22; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46–50; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 21; z dnia 13 września 2007 r. w sprawie C-260/04 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-7083, pkt 24.

w przypadku zamierzonej zmiany umowy koncesyjnej na usługi – w tym zmiany podwykonawcy wymienionego w ramach konkursu jako element promujący ofertę – aby w tym względzie otworzono negocjacje na konkurencję przy zachowaniu odpowiedniego poziomu jawności bądź na jakiej podstawie tego rodzaju otwarcie byłoby wymagane?

4) Czy zasady oraz obowiązek przejrzystości wymienione w pytaniu 1 należy interpretować w ten sposób, że w przypadku koncesji na usługi w razie naruszenia obowiązku należy dokonać wypowiedzenia zawartej wskutek tego naruszenia umowy mającej na celu ustanowienie lub zmianę stosunku zobowiązaniowego o charakterze ciągłym?

5) Czy zasady i obowiązek przejrzystości wymienione w pytaniu 1 oraz art. 86 ust. 1 WE w danym przypadku z uwzględnieniem art. 2 ust. 1 lit. b) i ust. 2 dyrektywy 80/723 […] oraz art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 […] należy interpretować w ten sposób, że przedsiębiorstwo jako przedsiębiorstwo publiczne lub instytucja zamawiająca podlega temu obowiązkowi przejrzystości, jeżeli:

— zostało utworzone przez jednostkę samorządu terytorialnego w celu utylizacji odpadów i oczyszczania ulic, jednakże działa również na wolnym rynku;

— jednostka ta posiada w nim 51% udziałów, jednakże uchwały wspólników mogą być podejmowane wyłącznie większością trzech czwartych głosów;

— jednostka ta mianuje jedynie jedną czwartą członków rady nadzorczej przedsiębiorstwa, w tym przewodniczącego rady nadzorczej, oraz

— przedsiębiorstwo to uzyskuje więcej niż połowę swych obrotów na podstawie umów wzajemnych na utylizację odpadów i oczyszczanie ulic na terenie tej jednostki, przy czym jednostka ta refinansuje się w tym względzie poprzez opłaty komunalne pobierane od jej mieszkańców?".

28. Uwagi na piśmie i uwagi ustne zostały przedstawione przez strony postępowania przed sądem krajowym, a także przez Komisję Wspólnot Europejskich, Urząd Nadzoru Europejskiego Stowarzyszenia Wolnego Handlu (EFTA) oraz przez sześć państw członkowskich [16].

IV — Przedmiot pytania prejudycjalnego

29. Badanie niniejszego odesłania prejudycjalnego rozpocznę od oceny pytań prejudycjalnych trzeciego i piątego, dotyczących zakresu obowiązku przejrzystości.

30. W pytaniu trzecim sąd krajowy prosi Trybunał o wyjaśnienie, czy taki obowiązek nakłada na instytucję zamawiającą konieczność przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego, w przypadku gdy główny wykonawca, któremu została przyznana koncesja, chciałby przy wykonaniu tej koncesji skorzystać z usług innego podwykonawcy niż ten, na którego powoływał się w chwili złożenia swojej oferty. Ponadto w pytaniu piątym sąd krajowy dąży do ustalenia, czy głównego wykonawcę takiego jak FES, utworzonego w formie podmiotu z kapitałem mieszanym, również należy uznać za „instytucję zamawiającą" w rozumieniu dyrektywy 92/50 i jako taką podlegającą obowiązkowi przejrzystości.

31. Po zbadaniu tych dwóch pierwszych pytań, w dalszej kolejności przeprowadzę badanie pytań prejudycjalnych pierwszego, drugiego i czwartego, które zasadniczo dotyczą zasad kontroli sądowej decyzji wydanych w ramach udzielania koncesji na usługi.

32. Te trzy ostatnie pytania są istotne jedynie o tyle, o ile sąd krajowy uzna, że Stadt Frankfurt am Main lub FES naruszyły przejrzystość postępowania, dokonując zmiany podwykonawcy w czasie wykonywania spornej umowy koncesyjnej.

V — Analiza

33. Zanim przejdę do badania, istotne wydaje mi się przypomnienie najważniejszego orzecznictwa dotyczącego obowiązku przejrzystości. Mimo że orzecznictwo to częściowo dotyczy zamówień publicznych,

16 — Królestwo Danii, Republikę Federalną Niemiec, Królestwo Niderlandów, Republikę Austrii, Republikę Finlandii oraz Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej.

zostało wypracowane z zasad traktatowych i w związku z tym wydaje się istotne dla zastosowania prawa wspólnotowego do koncesji na usługi.

A — *Najważniejsze orzecznictwo dotyczące obowiązku przejrzystości*

34. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że obowiązek przejrzystości stanowi konkretne i szczególne wyrażenie zasady równego traktowania.

35. Od dłuższego czasu Trybunał uważa, że zasada ta należy do podstawowych zasad prawa wspólnotowego [17], których poszanowanie jest obowiązkiem państw członkowskich, wówczas gdy działają one w zakresie objętym prawem wspólnotowym. Wspomniana zasada wymaga, aby sytuacje porównywalne nie były traktowane w odmienny sposób, chyba że takie zróżnicowanie jest obiektywnie uzasadnione [18]. Zasada ta należy do praw podstawowych, których przestrzeganie zapewnia Trybunał [19].

36. Jako zasada ogólna prawa wspólnotowego poszanowanie zasady równego traktowania wiąże państwa członkowskie w trakcie wprowadzania w życie przepisów wspólnotowych. Wobec tego są one zobowiązane, w najszerszym możliwym zakresie, stosować te przepisy na warunkach, które nie naruszają wymogów wynikających z ochrony praw podstawowych we wspólnotowym porządku prawnym [20].

37. Trybunał miał już możliwość wyjaśnienia zakresu zasady równego traktowania w ramach zamówień publicznych w wyrokach Komisja przeciwko Danii oraz Komisja przeciwko Belgii [21], z których orzecznictwo zostało następnie przeniesione na dziedzinę koncesji na usługi [22].

38. Zasada równego traktowania oferentów ma na celu wspieranie rozwoju zdrowej i skutecznej konkurencji między przedsiębiorstwami ubiegającymi się o zamówienie publiczne. Poszanowanie tej zasady winno

17 — Wyrok z dnia 19 października 1977 r. w sprawach połączonych 117/76 i 16/77 Ruckdeschel i in., Rec. s. 1753, pkt 7.

18 — Zobacz w szczególności wyrok z dnia 25 listopada 1986 r. w sprawach połączonych 201/85 i 202/85 Klensch i in., Rec. s. 3477, pkt 9; wyrok z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-442/00 Rodríguez Caballero, Rec. s. I-11915, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

19 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Rodríguez Caballero, pkt 32.

20 — Ibidem, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo.

21 — Zobacz odpowiednio wyroki: z dnia 22 czerwca 1993 r. w sprawie C-243/89 Komisja przeciwko Danii, Rec. s. I-3353, pkt 37–39; z dnia 25 kwietnia 1996 r. w sprawie C-87/94 Komisja przeciwko Belgii, Rec. s. I-2043, w szczególności pkt 51–56. Zobacz również wyrok z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie C-496/99 P Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, Zb.Orz. s. I-3801, pkt 108 i przytoczone tam orzecznictwo.

22 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 48.

umożliwiać zapewnienie obiektywnego porównania ofert i obowiązuje w każdym stadium postępowania. Wszyscy oferenci, niezależnie od ich przynależności państwowej, muszą mieć takie same szanse w fazie przygotowywania warunków swoich ofert [23]. Innymi słowy, reguły gry winny być znane wszystkim potencjalnym oferentom i stosowane do wszystkich jednakowo.

39. W opinii sądu wspólnotowego poszanowanie zasady równego traktowania oferentów oznacza brak dyskryminacji ze względu na przynależność państwową oraz obowiązek przejrzystości, który pozwala organowi władzy publicznej udzielającemu koncesji na upewnienie się, że zasada ta jest przestrzegana [24].

40. Trybunał wyjaśnia zakres obowiązku przejrzystości w ww. wyrokach w sprawie Telaustria i Telefonadress oraz w sprawie Parking Brixen. Zdaniem sądu wspólnotowego zasada przejrzystości zasadniczo ma na celu wyłączenie ryzyka faworyzowania i arbitralności ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten polega na zagwarantowaniu wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego stopnia jawności przetargu, umożliwiającego otwarcie na konkurencję i kontrolę bezstronności postępowań przetargowych. Oznacza on również, że wszystkie warunki i szczegółowe zasady procedury udzielania zamówienia powinny być sformułowane w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji. Powinno to pozwolić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom na zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób. Winno to również umożliwić instytucji zamawiającej weryfikację, czy oferty przedstawione przez oferentów faktycznie odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia [25].

41. Analiza orzecznictwa Trybunału wskazuje na istnienie ścisłego związku pomiędzy obowiązkiem przejrzystości i zasadą równego traktowania. Obowiązek ten ma na celu zagwarantowanie skuteczności tej zasady przy zapewnieniu warunków zdrowej konkurencji. Ponieważ zasada równego traktowania stanowi jako taka ogólną zasadę prawa wspólnotowego, poszanowanie obowiązku przejrzystości, który stanowi jej konkretny i szczególny wyraz, ciąży na państwach członkowskich w takim samym zakresie.

23 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Komisja przeciwko Belgii, pkt 54–56. W sprawie tej Trybunał uznał, że wspomniana zasada sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca uwzględniła zmianę początkowej oferty jednego tylko oferenta, dlatego że ma on przewagę nad konkurentami.

24 — Zobacz ww. wyroki: w sprawie Komisja przeciwko CAS Succhi di Frutta, pkt 109 i przytoczone tam orzecznictwo; w sprawie Parking Brixen, pkt 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

25 — Wyżej wymienione wyroki w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 61, 62; w sprawie Parking Brixen, pkt 111.

B — *W przedmiocie zakresu obowiązku przejrzystości*

1. W przedmiocie zakresu ratione materiæ obowiązku przejrzystości

42. W trzecim pytaniu sąd krajowy pragnie uzyskać od Trybunału odpowiedź, czy obowiązek przejrzystości nakłada na instytucję zamawiającą obowiązek przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego, w przypadku gdy główny wykonawca, któremu została udzielona koncesja, chciałby przy jej wykonaniu zrezygnować z usług podwykonawcy przedstawionego w chwili składania oferty.

43. Aby odpowiedzieć na to pytanie, wydaje mi się istotne zbadanie sposobu, w jaki powinien być stosowany obowiązek przejrzystości przy uwzględnieniu charakterystycznych cech koncesji na usługi. Jeśli chodzi o jej cel i sposób wykonania, wykazuje ona bowiem istotne różnice w stosunku do zamówień publicznych na usługi.

44. Niezależnie od jego złożoności i wyrafinowania, zamówienie publiczne na usługi generalnie oznacza zakup danej usługi przez osobę prawa publicznego i dotyczy jednostkowej usługi świadczonej przez dane przedsiębiorstwo. Koncesja na usługi natomiast jest formą zleconego zadania zarządzania usługą publiczną, poprzez które jednostka prawa publicznego powierza usługodawcy niebędącemu organem administracji zarządzanie działalnością użyteczności publicznej oraz odpowiedzialność za nią wobec użytkowników, i to przez znaczny okres. Instytucja zamawiająca, czy to samorząd terytorialny, czy podmiot prawa publicznego, przestaje zarządzać usługą i przenosi odpowiedzialność za jej organizowanie na koncesjonariusza [26]. Ten ostatni prowadzi świadczenie usługi na swój koszt i bierze na siebie ryzyko z tym związane, a jego wynagrodzenie jest zapewnione poprzez pobieranie opłaty uiszczanej przez użytkowników.

45. Zastosowanie prawa wspólnotowego do tej formy zarządzania umownego usługą użyteczności publicznej powinno uwzględniać różne wymogi.

46. Na etapie zawierania umowy niezbędne jest pogodzenie obowiązku przejrzystości z posiadanym przez instytucję zamawiającą znacznym zakresem swobody przy ocenie ofert i określeniu oferty najbardziej korzystnej ekonomicznie. Oferta najbardziej korzystna ekonomicznie to taka, która przynosi najkorzystniejszą ekonomicznie odpowiedź, w znaczeniu ogólnym tego pojęcia, na

26 — Wyrok z dnia 26 kwietnia 1994 r. w sprawie C-272/91 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-1409.

potrzeby zgłaszane przez samorząd publiczny, biorąc pod uwagę przyjęte kryteria oraz sposób ich ważenia. Instytucja zamawiająca musi mieć możliwość wyboru usługodawcy, który przez swoje referencje, jakość swojej oferty, posiadaną wiedzę o branży oraz zaufanie, jakie wzbudza, wydaje się dawać największą gwarancję właściwego wykonania usługi. Specyfika koncesji na usługi dopuszcza zatem wybranie usługodawcy na podstawie szeregu pojemnych kryteriów, przyznając pierwszeństwo kryterium intuitu personæ. Ta swoboda wyboru nie oznacza bynajmniej, że przyznanie koncesji powinno się odbyć w sposób arbitralny i dyskryminujący. W celu przeciwdziałania korupcji oraz zapewnienia przejrzystości życia gospodarczego i postępowań publicznych sąd wspólnotowy ujął w ramy wspomnianą swobodę, opierając się na zasadach regulujących udzielanie zamówień publicznych. Tym samym istnieje swoboda prowadzenia rokowań oraz swoboda decyzyjna, jednak powinny one być wykonywane w poszanowaniu obowiązku uprzedniego ogłoszenia i przeprowadzenia postępowania przetargowego pozwalającego na przejrzystą selekcję kandydata oraz zapewniającego równe traktowanie oferentów [27].

47. Następnie, na etapie wykonania umowy, niezbędne jest pogodzenie obowiązku przejrzystości z interesem usługi publicznej, który w pewnych okolicznościach wymaga dostosowania lub zmiany umowy.

48. Jak już wskazałem, koncesjonariusz podejmuje się organizacji usługi i bierze na siebie ryzyko związane z jej prowadzeniem. Zważywszy na złożoność oraz długoterminowość koncesji na usługi, koncesjonariusz powinien dysponować wystarczającą swobodą działania, aby dostosować się do warunków rynku oraz do zmian mogących wystąpić w gospodarczym, technicznym lub prawnym środowisku koncesji. Nieprzewidywalne przeszkody oraz zdarzenia przy wykonaniu umowy, których nie można uniknąć przy długoterminowych inwestycjach, wymagają od stron szczególnej elastyczności oraz ducha współpracy. Przyczyny renegocjacji umów są liczne. Jednak niektóre z nich mogą być źródłem nadużycia, jeżeli niekorzystnie wpływają na równowagę pomiędzy obowiązkami wynikającymi z umowy, powodując pozorność przejrzystości postępowania oraz przetargu. Trzeba zatem rozstrzygnąć, czy planowana zmiana stanowi zwykły załącznik do umowy, prawnie uzasadniony, lub czy prowadzi ona w efekcie do zawarcia nowej umowy, która zgodnie z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego powinna być przedmiotem odpowiedniego opublikowania zamówienia oraz przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego.

27 — Jak zauważył Parlament Europejski, poszanowanie tych przepisów „może stanowić skuteczny instrument zapobiegania nieuzasadnionym ograniczeniom konkurencji, umożliwiający jednocześnie organom władzy publicznej samodzielne określanie i kontrolowanie wymogów dotyczących jakości, dostępności, norm społecznych i ochrony środowiska" (rezolucja Parlamentu Europejskiego w sprawie zielonej księgi na temat usług użyteczności publicznej [P5_TA (2004)0018, pkt 32]) [tłumaczenie nieoficjalne].

49. W wyroku w sprawie Komisja przeciwko Francji [28] Trybunał uznał, że zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia, jeżeli „charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od [rokowań] pierwotnych i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych [istotnych] ustaleń tego zamówienia" [29].

50. W wyroku w sprawie Pressetext Nachrichtenagentur [30] Trybunał określił zakres tego uzasadnienia, wskazując cztery przypadki, w których taki rodzaj zmian może zostać uznany za istotny.

51. Pierwsza grupa przypadków dotyczy sytuacji, w której zmiana wprowadza do zamówienia warunki, które gdyby zostały ujęte w ramach pierwotnego postępowania w sprawie udzielania zamówienia, umożliwiłyby dopuszczenie innych oferentów niż ci, którzy zostali pierwotnie dopuszczeni, lub umożliwiłyby wybór innej oferty niż ta, która została pierwotnie wybrana.

52. Druga grupa przypadków dotyczy sytuacji, w których zmiana w sposób znaczący poszerza zamówienie o usługi, które pierwotnie nie były w nim przewidziane.

53. Trzecia grupa przypadków dotyczy sytuacji, w której zmiana zamówienia modyfikuje równowagę ekonomiczną umowy na korzyść usługodawcy w sposób, który nie był przewidziany w postanowieniach pierwotnego zamówienia.

54. Wreszcie czwarta grupa przypadków dotyczy sytuacji zastąpienia kontrahenta, któremu instytucja zamawiająca pierwotnie udzieliła zamówienia, przez nowego kontrahenta. W opinii Trybunału taka zmiana stanowi zmianę jednego z istotnych postanowień zamówienia publicznego, chyba że to „zastąpienie zostało przewidziane w ramach pierwotnego zamówienia, na przykład w formie podwykonawstwa".

55. Jak już wskazałem, art. 30 IV umowy koncesyjnej na usługi zawartej pomiędzy Stadt Frankfurt am Main i FES zezwala na zmianę podwykonawcy, pod warunkiem że instytucja zamawiająca go zaakceptuje. W niniejszym przypadku procedura ta została zachowana.

56. W niniejszej sprawie powstaje zatem pytanie, czy w rozumieniu orzecznictwa wspólnotowego, pomimo istnienia tej klauzuli oraz zachowania związanej z nią procedury,

28 — Wyrok z dnia 5 października 2000 r. w sprawie C-337/98, Rec. s. I-8377.

29 — Punkty 44, 46.

30 — Wyrok z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06, Zb.Orz. s. I-4401, pkt 35–37, 40.

zmiana podwykonawcy stanowi zmianę jednego z istotnych postanowień rozpatrywanej koncesji na usługi.

57. Ocena ta jest skomplikowana, ponieważ Stadt Frankfurt am Main wyraziło zgodę na tę zmianę, uznając, że standardy wyszczególnione w specyfikacji przetargowej zostaną zachowane. Biorąc jednak pod uwagę szczególne okoliczności, w których owa zmiana nastąpiła, uważam, że sąd krajowy powinien mieć pewność, że czynność, za pomocą której samorząd zezwolił na tę zmianę, nie prowadzi do obejścia zasady równego traktowania oferentów oraz wynikającej z niej zasady przejrzystości.

58. Na potrzeby tej analizy wydaje mi się istotne przypomnienie, na jakich warunkach koncesjonariusz może skorzystać z usług podwykonawcy.

59. Biorąc pod uwagę złożoność oraz czas trwania umów koncesyjnych, koncesjonariusz może zadecydować o podzleceniu wykonania całości lub części umowy zawartej z inwestorem. Stwierdzono, że wybór podwykonawcy jest czynnością uznaniową stanowiącą uprawnienie przedsiębiorcy. Ta swoboda wyboru jest następstwem reguły, zgodnie z którą koncesjonariusz ponosi całkowitą odpowiedzialność za wykonanie koncesji, ponieważ podwykonawca związany jest umową jedynie z koncesjonariuszem, a umowa ta, jako zawarta przez dwa podmioty prawa prywatnego, jest umową prywatnoprawną.

60. Jednak aby podzlecenie wykonania było zgodne z prawem, musi ono zostać zaakceptowane przez instytucję zamawiającą przy zawarciu umowy lub też w czasie jej wykonywania. To właśnie wtedy instytucja zamawiająca sprawdza możliwości techniczne i ekonomiczne podwykonawcy [31].

61. Jeżeli podwykonawca jest przedstawiony w chwili złożenia oferty, to wówczas powiadomienie o udzieleniu koncesji oznacza akceptację tego podwykonawcy. Generalnie instytucja zamawiająca może odmówić uznania danego przedsiębiorstwa jako podwykonawcy, jeżeli przedsiębiorstwo to ma na przykład nieuregulowaną sytuację podatkową lub w zakresie zobowiązań z tytułu zabezpieczenia społecznego, lub też nie posiada odpowiedniego potencjału w celu właściwego wykonania powierzonych mu świadczeń.

31 — Zobacz wyrok z dnia 18 marca 2004 r. w sprawie C-314/01 Siemens i ARGE Telekom, Rec. s. I-2549, pkt 45, 46, dotyczący postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

62. Podwykonawstwo nie ogranicza się do podzlecenia zgłoszonego w chwili złożenia oferty. W trakcie wykonywania umowy główny wykonawca może skorzystać z usług innych podwykonawców lub zmienić podwykonawcę z uzasadnionego powodu wynikającego na przykład z rzeczywistej jakości jego usług lub sytuacji finansowej. Umożliwia mu to dostosowanie swoich usług lub uwolnienie się, zgodnie z postanowieniami umowy o podwykonawstwo, od wykonawcy, który nie spełnia oczekiwań.

63. Jeżeli zmiana podwykonawcy została przewidziana w warunkach umowy, a instytucja zamawiająca zgodzi się na tę zmianę, trudno jest w zasadzie utrzymywać, że zmiana ta sama w sobie modyfikuje istotne postanowienia umowy koncesyjnej i nakłada obowiązek przeprowadzenia nowego postępowania przetargowego.

64. Wydając swoją zgodę, instytucja zamawiająca stwierdza bowiem, że tożsamość podwykonawcy nie jest istotna w świetle przedmiotu koncesji i że świadczenie usług powierzone głównemu wykonawcy zostanie wykonane zgodnie ze specyfikacją umowy, niezależnie od tej zmiany. Z taką sytuacją można mieć do czynienia, gdy na właściwym rynku istnieje wiele przedsiębiorstw oferujących świadczenia o podobnych cechach i podobnej jakości.

65. Ponadto jeżeli instytucja zamawiająca przewiduje, iż niektóre warunki udzielenia zamówienia mogą być dostosowane po wyborze koncesjonariusza, oraz jeżeli w specyfikacji umowy wyraźnie przewiduje się możliwość takiego dostosowania, jak również szczegółowe zasady jego dokonania, wówczas wszystkie przedsiębiorstwa zainteresowane udziałem w postępowaniu przetargowym na koncesję znają te informacje od samego początku i znajdują się w równej sytuacji w chwili przedstawiania swojej oferty.

66. Taka modyfikacja umowy koncesyjnej może zostać jednak poddana krytyce w takiej sytuacji, jak ta w postępowaniu przed sądem krajowym.

67. Zmiana podwykonawcy następuje bowiem bez uzasadnionego powodu, po zawarciu umowy i przed wykonaniem pierwszych świadczeń, podczas gdy koncesjonariusz powoływał się na renomę i wiedzę techniczną podwykonawcy w chwili składania swojej oferty.

68. Jeżeli instytucja zamawiająca dopuszcza taką praktykę to, moim zdaniem, narusza

ona obowiązek przejrzystości oraz zasadę równego traktowania oferentów. Działając w ten sposób, instytucja zamawiająca wyłącza zmienioną ofertę FES z rzetelnej i przejrzystej oceny różnych kandydatur, co może dać przedsiębiorstwu nieuzasadnioną przewagę przy uzyskaniu zamówienia.

69. Po pierwsze, nie jest wykluczone, że Stadt Frankfurt am Main wybrałoby inną ofertę niż oferta pierwotnie przedstawiona przez FES, gdyby w zakresie podwykonawstwa usług reklamowych FES nie powołała się na liczne zalety skarżącej, „[…] efektywnego i doświadczonego partnera", „doświadczonego i aktywnie działającego na całym świecie specjalisty z dziedziny reklamy", którego „produkty [są] nowoczesne i estetyczne" [32].

70. Z postanowienia odsyłającego wyraźnie wynika, że to właśnie przedstawienie skarżącej jako podwykonawcy umożliwiło FES uzyskanie spornej umowy koncesyjnej. Wyboru FES dokonano bowiem, biorąc pod uwagę jej deklaracje w zakresie reklamy, ponieważ z tytułu tego kryterium udzielenia zamówienia uzyskała 27,3 punktu, podczas gdy jej główny konkurent, który występuje w charakterze interwenienta w niniejszej sprawie, otrzymał 20,1 punktu. W odniesieniu do innych kryteriów Stadt Frankfurt am Main przyznało interwenientowi tyle samo punktów, jeśli nie więcej. Z posiadanych dokumentów wynika zatem, że obecność skarżącej w całościowej ofercie FES miała decydujący charakter, jeśli chodzi o przyznanie koncesji.

71. Po drugie, zachowanie FES, która po otrzymaniu umowy koncesyjnej nadal prowadzi rokowania dotyczące podwykonawstwa usług reklamowych i dostarczenia modułów toalet [33] i ostatecznie wyklucza skarżącą bez żadnego uzasadnionego powodu [34], ukazuje pierwotną ofertę FES, zaakceptowaną przez Stadt Frankfurt am Main, jako ofertę fasadową, której jedynym celem w ujęciu globalnym było wyeliminowanie poważnych konkurentów w celu otrzymania koncesji, jednak z niezwłocznie ujawnionym zamiarem wykonania jej następnie na innych warunkach ekonomicznych i technicznych niż warunki przedstawione w ofercie, a tylko te warunki poddano przetargowi.

72. W związku z tym, zważywszy na ogół powyższych informacji, jakie w moim

32 — Postanowienie odsyłające, s. 5, 6.

33 — Umowa koncesyjna pomiędzy Stadt Frankfurt am Main została zawarta w dniach 20 i 22 lipca 2004 r., natomiast FES wezwała skarżącą i interwenienta do przedstawienia ofert na usługi reklamowe oraz na dostawę modułów toalet odpowiednio w dniu 5 stycznia oraz 28 lipca 2005 r. To właśnie na tym etapie skarżąca została wykluczona jako podwykonawca.

34 — W niniejszym przypadku stwierdzam, że w aktach sprawy brak jest informacji pozwalających sądzić, że FES mogła się powołać na uzasadniony powód, aby nie korzystać z usług podwykonawcy, którego przedstawiła w chwili składania swojej oferty. Jak podnosi sąd krajowy, zmiana ta jest niezrozumiała, gdyż skarżąca zaproponowała FES znacznie wyższe roczne wynagrodzenie niż interwenient.

przekonaniu wynikają z postanowienia odsyłającego, uważam, że ta zmiana podwykonawcy jeszcze przed wykonaniem pierwszych usług oraz bez wskazywania najmniejszych trudności natury technicznej lub finansowej powinna była obowiązkowo być poprzedzona nowym postępowaniem przetargowym. Dopuszczając taką zmianę podwykonawcy z pominięciem wymogów w zakresie publikacji ogłoszenia i przeprowadzenia postępowania przetargowego wynikających z prawa wspólnotowego, Stadt Frankfurt am Main naruszyło zatem, moim zdaniem, obowiązek przejrzystości.

73. Nawet jeżeli bowiem fundusze publiczne rzeczywiście są angażowane w mniejszym stopniu w ramach umów koncesyjnych niż w ramach zamówień publicznych, nie ma wątpliwości, że postępowanie o udzielenie koncesji na usługi powinno zapewniać podmiotom publicznym i użytkownikom najlepszą jakość usług, na podstawie poważnej i przejrzystej oceny różnych kandydatur, opartej na poszanowaniu zasady równego traktowania oferentów.

74. O ile sąd krajowy w świetle wszystkich informacji w aktach sprawy podtrzyma taką analizę okoliczności faktycznych, wydaje mi się, że powinien wyciągnąć wszelkie konsekwencje wynikające z takiego naruszenia.

75. Wobec powyższego proponuję, żeby Trybunał odpowiedział sądowi krajowemu, że w przypadku gdy w ramach postępowania o udzielenie koncesji na usługi tożsamość podwykonawcy jest istotnym elementem, na którym instytucja zamawiająca oparła się przy udzieleniu koncesji, obowiązek przejrzystości wymaga od państw członkowskich, aby przeprowadziły nowe postępowanie przetargowe, gdy koncesjonariusz zamierza dokonać zmiany podwykonawcy jeszcze przed wykonaniem pierwszych usług i nie przedstawiając uzasadnionych powodów. Do właściwego sądu krajowego należy ustalenie, czy nazwa, renoma i wiedza techniczna podwykonawcy przedstawionego przez FES w chwili złożenia jej oferty były istotnym elementem, na którym Stadt Frankfurt am Main oparło się przy udzieleniu koncesji temu wykonawcy.

2. W przedmiocie zakresu ratione personæ obowiązku przejrzystości

76. Przez swoje piąte pytanie sąd krajowy dąży do ustalenia, czy takie przedsiębiorstwo jak FES należy uznać, w świetle jego cech wskazanych w postanowieniu odsyłającym, za „instytucję zamawiającą" w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50, czy za „przedsiębiorstwo publiczne" w rozumieniu art. 2 dyrektywy 80/723, które jako takie podlegałyby obowiązkowi przejrzystości przy udzielaniu koncesji na usługi.

77. Sąd krajowy powołuje się na wspomniane wyżej dyrektywy, ponieważ w odniesieniu do koncesji na usługi żaden przepis prawa wtórnego nie określa dokładnie jednostek, na których ciąży obowiązek przejrzystości.

78. Sądzę, że brak takiego uregulowania o niczym nie przesądza, ponieważ zasady przyjęte w tym zakresie w ramach zamówień publicznych mogą być, według mnie, przełożone na koncesje na usługi.

79. Wydaje mi się bowiem istotne, by przyjąć jednolitą definicję pojęcia instytucji zamawiającej, ponieważ pojęcie to ma zasadniczo obejmować wszystkie podmioty publiczne mogące powierzać wykonywanie działalności gospodarczej osobie trzeciej, niezależnie od rodzaju zawartej umowy, zarówno w dziedzinie zamówień publicznych, jak i koncesji na usługi publiczne. W tym względzie warto przypomnieć, że dla zakresu stosowania dyrektywy 92/50 decydującym czynnikiem nie jest rodzaj zamówienia, lecz to, kto go udziela, jako że wszystkie zamówienia udzielane przez instytucję zamawiającą powinny być udzielane zgodnie z zasadami ustanowionymi w tej dyrektywie.

80. Natomiast odwołanie do pojęcia „przedsiębiorstwo publiczne", o którym mowa w art. 2 dyrektywy 80/723, dotyczącej, przypominam, przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi i przedsiębiorstwami publicznymi, wydaje się o wiele mniej istotne. Uwzględniając elementy, które przedstawię w ramach badania dotyczącego pojęcia podmiotu prawa publicznego, sąd krajowy będzie jednak mógł ocenić, gdy uzna to za konieczne, czy przedsiębiorstwo takie jak FES może zostać uznane za „przedsiębiorstwo publiczne" [35].

a) W przedmiocie pojęcia „podmiot prawa publicznego" w rozumieniu dyrektywy 92/50

81. Zanim zostaną przypomniane poszczególne przesłanki wskazane w dyrektywie 92/50, aby dany podmiot mógł zostać uznany za „instytucję zamawiającą", warto tytułem wstępu wskazać, że FES jest przedsiębiorstwem z kapitałem mieszanym utworzonym w ramach partnerstwa publicznoprawnego [36]. Stadt Frankfurt am Main posiada 51% udziałów w tym przedsiębiorstwie.

35 — Określone w art. 2 dyrektywy 80/723 przesłanki uznania podmiotu za „przedsiębiorstwo publiczne" odpowiadają wskazanym w art. 1 dyrektywy 92/50 przesłankom uznania podmiotu za „instytucję zamawiającą".

36 — Zobacz w tym względzie stronę internetową przedsiębiorstwa: www.fes-frankfurt.de/profil (zakładka „profil" oraz „chronik").

82. Sprawa ta daje zatem Trybunałowi okazję do wyjaśnienia, czy taki podmiot może stanowić „podmiot prawa publicznego" w rozumieniu dyrektywy 92/50, zobowiązany jako taki do poszanowania podstawowych zasad traktatu.

83. Zanim przejdę do właściwej analizy, niezbędne jest wyjaśnienie, co należy rozumieć pod pojęciem partnerstwa publicznoprawnego.

84. Partnerstwo to stanowi połączenie zazwyczaj większościowego kapitału publicznego z mniejszościowym kapitałem prywatnym w formę prawną podlegającą zasadniczo powszechnym zasadom prawa handlowego. W ten sposób partnerzy publiczni i prywatni tworzą podmiot z kapitałem mieszanym, który może przybrać formę spółki z kapitałem mieszanym, będący w stanie wykonywać zamówienia publiczne lub świadczyć lokalną usługę publiczną w ramach koncesji. Jak stwierdziła Komisja w niedawnym komunikacie [37], cechą charakterystyczną wyróżniającą tę, zwykle długotrwałą, formę współpracy jest szczególna rola partnera prywatnego, który uczestniczy w rozmaitych etapach realizowanego projektu (etap projektowania, realizacji i eksploatacji), ponosi ryzyko, które tradycyjnie bierze na siebie sektor publiczny, i często uczestniczy również w finansowaniu projektu [38].

85. Nie ma jednak wątpliwości, że w rozumieniu orzecznictwa Trybunału ów podmiot z kapitałem mieszanym nie stanowi „wewnętrznej" struktury świadczącej usługi publiczne w imieniu jednostki samorządu terytorialnego. Jeżeli zatem instytucja zamawiająca udziela zamówienia publicznego lub koncesji takiemu podmiotowi, musi uwzględniać wszystkie uregulowania dotyczące zamówień publicznych i koncesji wynikające z traktatu lub prawa pochodnego [39].

86. Obecnie należy zbadać poszczególne przesłanki uznania jednostki za „podmiot prawa publicznego", o których mowa w art. 1 lit. b) dyrektywy 92/50.

87. W rozumieniu art. 1 lit. b) akapit drugi dyrektywy 92/50 dany podmiot jest podmiotem prawa publicznego, jeżeli posiada osobowość prawną, został ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnym nieposiadających charakteru przemysłowego lub handlowego, a jego działalność, finansowanie lub organy zarządzające ściśle zależą od państwa,

37 — Komunikat wyjaśniający Komisji z dnia 5 lutego 2008 r. w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publicznoprywatnych (ZPPP) [C(2007)6661].

38 — Strona 2.

39 — Od czasu wydania wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03 Stadt Halle i RPL Lochau, Zb.Orz. s. I-1, dotyczącego udzielenia zamówienia publicznego na usługi spółce z kapitałem mieszanym, Trybunał uznał, że udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza, by instytucja ta mogła sprawować nad tą spółką kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (pkt 49). Zobacz również ww. wyrok w sprawie ANAV, pkt 30–32 i przytoczone tam orzecznictwo.

jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego.

88. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału te trzy przesłanki mają charakter kumulatywny i dlatego też, w braku choćby jednej z nich, dany podmiot nie może zostać uznany za „podmiot prawa publicznego", a tym samym za „instytucję zamawiającą" w rozumieniu dyrektywy 92/50 [40].

89. Ponadto z uwagi na cel wspólnotowych dyrektyw z dziedziny zamówień publicznych Trybunał uważa, że pojęcie „podmiot prawa publicznego" powinno być interpretowane w sposób funkcjonalny [41].

b) W przedmiocie badania elementów składowych podmiotu prawa publicznego

90. W niniejszym przypadku osobowość prawna FES nie jest kwestionowana. Wątpliwości skupiają się na dwóch innych wymogach przewidzianych w dyrektywie 92/50.

i) W przedmiocie szczególnego celu FES polegającego na zaspokajaniu potrzeb leżących w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego

91. Przede wszystkim bezsporny jest fakt, że FES została utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnym [42], jako że od momentu utworzenia zajmuje się gospodarowaniem odpadami i usuwaniem ich oraz oczyszczaniem miasta w obrębie Stadt Frankfurt am Main [43]. Taka działalność niezaprzeczalnie leży w interesie ogólnym. Jak już stwierdził Trybunał w wyroku w sprawie BFI Holding [44], te potrzeby należą do tej grupy potrzeb, które nie mogą zostać całkowicie zaspokojone przez przedsiębiorstwa prywatne, ponieważ zostały uznane za niezbędne ze względu na zdrowie publiczne i ochronę środowiska, a to jest powód, dla którego państwo pragnie zachować na nie decydujący wpływ [45].

92. Należy teraz sprawdzić, czy te potrzeby leżące w interesie ogólnym nie mają

40 — Zobacz wyrok z dnia 11 czerwca 2009 r. w sprawie C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns, dotychczas nieopublikowany w Zbiorze, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo.

41 — Wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Zb.Orz. s. I-2339, pkt 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

42 — Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem chodzi o te potrzeby, które ze względów leżących w interesie ogólnym zazwyczaj są zaspokajane samodzielnie przez państwo lub jednostkę samorządu terytorialnego lub w odniesieniu do których podmioty te pragną zachować decydujący wpływ (ww. wyrok w sprawie Ing. Aigner, pkt 40 i przytoczone tam orzecznictwo). Tym samym Trybunał przyznał, że tak jest w przypadku produkcji dokumentów urzędowych takich jak paszporty, prawa jazdy lub dowody osobiste (wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria i in., Rec. s. I-73), utrzymania lasów państwowych (wyrok z dnia 17 grudnia 1998 r. w sprawie C-353/96 Komisja przeciwko Irlandii, Rec. s. I-8565), administracji uniwersytetu (wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035) lub też zarządzania publiczną siecią telekomunikacyjną (ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress).

43 — W wyroku z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99 Universale-Bau i in., Rec. s. I-11617, Trybunał przyznał, że podmiot nie musi koniecznie mieć tego zadania od momentu utworzenia.

44 — Wyrok z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96, Rec. s. I-6821.

45 — Punkty 51–53.

charakteru przemysłowego ani handlowego. Tymczasem kwestia ta jest niejednoznaczna.

93. Istnieje obszerne orzecznictwo dotyczące sposobu, w jaki należy oceniać istnienie tych potrzeb [46]. W opinii Trybunału należy wziąć pod uwagę wszelkie istotne elementy stanu prawnego i faktycznego, takie jak okoliczności, które panowały w chwili utworzenia tego podmiotu, oraz warunki, w których prowadzi on swoją działalność. Trybunał wyjaśnia, że w tym względzie należy sprawdzić, czy podmiot ten prowadzi swoją działalność w normalnych warunkach rynkowych [47]. W tym celu Trybunał bada konkurencję panującą na rynku produktów i usług, dla których wspomniany podmiot został utworzony. O ile istnienie konkurencji może stanowić wskazówkę na poparcie faktu, że potrzeba leżąca w interesie ogólnym ma charakter przemysłowy lub handlowy, o tyle taka wskazówka jest niewystarczająca [48]. Należy również zbadać, czy podmiot jest nastawiony na osiąganie zysków, czy sam ponosi straty związane z prowadzoną działalnością oraz czy otrzymuje finansowanie publiczne przy wykonywaniu rozpatrywanej działalności [49].

46 — Chodzi mi w szczególności o wyroki: z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 Agorà i Excelsior, Rec. s. I-3605; z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 Adolf Truley, Rec. s. I-1931; z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 Korhonen i in., Rec. s. I-5321, a także ww. wyroki w sprawie BFI Holding, w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in.; w sprawie Ing. Aigner.

47 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Ing. Aigner, pkt 41 i przytoczone tam orzecznictwo.

48 — W pkt 61 ww. wyroku w sprawie Adolf Truley Trybunał uznał, że istnienie rozwiniętej konkurencji nie pozwala samo w sobie na stwierdzenie, że nie mamy do czynienia z potrzebą leżącą w interesie ogólnym, niemającą charakteru przemysłowego ani handlowego.

49 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Korhonen i in., pkt 55–59.

94. Nie dysponuję wystarczającymi informacjami w aktach sprawy, aby trafnie ocenić wszystkie te okoliczności. Zatem do sądu krajowego, który jako jedyny posiada gruntowną znajomość akt sprawy, będzie należało ich zbadanie. Niemniej jednak wskażę kilka przydatnych informacji.

95. Jeśli chodzi o okoliczności towarzyszące powstaniu danego podmiotu, wydaje mi się istotne uwzględnienie szczególnych cech rynku zbierania i utylizacji odpadów, będących jednym z zadań, dla których FES została utworzona.

96. Rynek zbierania i utylizacji odpadów dynamicznie się rozwinął, szczególnie w związku z zaostrzeniem przepisów w zakresie gospodarowania odpadami, unieszkodliwiania odpadów oraz zapobiegania skutkom szkodliwym dla środowiska. Bezpośrednim skutkiem takiego zaostrzenia był wzrost kosztów zbierania i utylizacji odpadów, a jednocześnie zwiększenie stopnia skomplikowania i technicznego charakteru tej działalności. W obliczu tych ograniczeń znacząca większość samorządów lokalnych zdecydowała, by zlecić te zadania wyspecjalizowanym przedsiębiorstwom, które w pełni wykorzystały rozwój tego rynku.

97. Te informacje skłaniają mnie do przyjęcia, że uzasadnieniem utworzenia tego podmiotu nie było zatem osiąganie zysków. O ile wspomniana działalność faktycznie przynosi znaczne zyski, nie ulega wątpliwości, że osiąganie tych zysków nie stanowiło w każdym razie głównego celu utworzenia FES. Wspomniane rozważania odnoszą się a fortiori do oczyszczania miasta, co w odróżnieniu od zbierania i utylizacji odpadów jest mniej zyskowne.

98. W odniesieniu do warunków, w jakich FES wykonuje swoją działalność, w szczególności zaś do stanu konkurencji w sektorze zbierania i utylizacji odpadów oraz oczyszczania miasta, sąd krajowy powinien zbadać, czy FES porusza się na konkurencyjnym rynku, na którym działają prawdziwi konkurenci, lub czy przeciwnie, zajmuje faktyczną pozycję quasi-monopolistyczną, związaną na przykład ze swoim statusem „tradycyjnego operatora" [50] lub z istnieniem barier w dostępie do rynku. Brak skutecznej konkurencji nie jest konieczną przesłanką do celów uznania FES za podmiot prawa publicznego, jednak może stanowić wskazówkę na poparcie faktu, że FES uczestniczy w zaspokajaniu potrzeb leżących w interesie ogólnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

99. Ponadto okoliczność, iż poza zadaniami użyteczności publicznej FES wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, nie jest istotna dla rozstrzygnięcia sporu zawisłego przed sądem krajowym. Trybunał twierdzi bowiem, że status podmiotu prawa publicznego nie zależy od względnego znaczenia, które w ramach działalności tego podmiotu ma zaspokajanie potrzeb leżących w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. O ile przedsiębiorstwo ciągle podejmuje się tych zadań, wówczas Trybunał uznaje za pozbawioną znaczenia okoliczność, że przedsiębiorstwo wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, i to niezależnie od udziału tej działalności w całkowitych obrotach przedsiębiorstwa [51].

100. Ponadto chociaż na płaszczyźnie prawnej FES wykazuje niewiele cech odróżniających ją od spółki akcyjnej należącej do podmiotów prywatnych, jako że ponosi ryzyko gospodarcze związane ze swoją działalnością i może również ogłosić upadłość, z postanowienia odsyłającego wynika, że Stadt Frankfurt am Main nie dopuściłoby do tego, aby taka sytuacja nastąpiła. Ponadto chciałbym zauważyć, że ów samorząd pobiera od swoich mieszkańców opłatę komunalną w celu finansowania płatności na rzecz FES za usuwanie odpadów i oczyszczanie ulic.

50 — Wyjaśniam, że według informacji ze strony internetowej FES przedsiębiorstwo to wywodzi się z miejskiego zakładu gospodarki odpadami i oczyszczania miasta.

51 — Wyżej wymienione wyroki: w sprawie Mannesmann Anlagenbau Austria i in., pkt 25, 26, 31; w sprawie BFI Holding, pkt 55, 56; w sprawie Ing. Aigner, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo.

101. W świetle tych okoliczności jestem więc skłonny sądzić, że FES została ustanowiona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb leżących w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego.

102. Jednak w celu ustalenia właściwego charakteru zadań, które to przedsiębiorstwo na siebie przyjmuje, do sądu krajowego, który jako jedyny posiada istotne informacje, należy ocena warunków, w jakich FES wykonuje swoją działalność, w szczególności zaś stanu konkurencji w sektorach, w których to przedsiębiorstwo zostało ustanowione.

ii) W przedmiocie przesłanki dotyczącej ścisłej zależności podmiotu od państwa, samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego

103. Przypominam, że zgodnie z art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50 przesłanka ta dotyczy trzech następujących alternatywnych kryteriów:

— bądź działalność jest finansowana w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego,

— bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych instytucji,

— bądź ponad połowę składu jego organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowią osoby mianowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub przez inne podmioty prawa publicznego.

104. Bezsporne jest, że Stadt Frankfurt am Main posiada 51% udziałów FES, czyli większość kapitału zakładowego. O ile takie posiadanie może faktycznie pozwalać na domniemanie dominującego wpływu samorządu publicznego na przedsiębiorstwo, o tyle nie do końca oczywiste jest, że ten wpływ przełoży się na warunki funkcjonowania tego przedsiębiorstwa i zarządzania nim.

105. W pierwszej kolejności zbadam warunki zarządzania tym przedsiębiorstwem w takim zakresie, w jakim Stadt Frankfurt am Main dysponuje prawem weta na zgromadzeniu wspólników, które zgodnie z warunkami jego wykonywania może umożliwić temu samorządowi faktyczny nadzór nad zarządzaniem przedsiębiorstwem.

— W przedmiocie kryterium dotyczącego nadzoru nad zarządzaniem danym podmiotem

106. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem kryterium nadzoru dotyczy przypadku, w którym podmiot znajduje się w sytuacji zależności od władz publicznych, równorzędnej do tej, która istnieje w przypadku spełnienia jednego z dwóch kryteriów alternatywnych. Zależność ta umożliwia władzom publicznym wpływanie na decyzje podmiotu w zakresie zamówień publicznych [52] lub, przez analogię, w zakresie koncesji.

107. Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Adolf Truley stanowi ilustrację przypadku, w którym Trybunał uznał, iż to kryterium jest spełnione. W tej sprawie urząd nadzoru samorządu publicznego był uprawniony do sprawdzania nie tylko rocznego bilansu danego podmiotu, lecz również bieżącego zarządzania pod kątem prawidłowej księgowości, zgodności z przepisami, gospodarności, rentowności i racjonalności. Urząd ten był również uprawniony do przeprowadzania inspekcji pomieszczeń służbowych i urządzeń należących do tego podmiotu oraz mógł przedstawić wyniki tych kontroli właściwym organom, a także akcjonariuszom spółki i samorządowi. W opinii Trybunału tego rodzaju uprawnienia umożliwiały aktywny nadzór samorządu publicznego nad zarządzaniem tym podmiotem.

52 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Adolf Truley, pkt 69 i przytoczone tam orzecznictwo.

108. W ramach niniejszej sprawy sąd krajowy musi uwzględnić wszystkie okoliczności faktyczne lub prawne, które mogą umożliwić Stadt Frankfurt am Main wywieranie decydującego wpływu na działalność FES. Sądzę, że w niniejszym przypadku sąd powinien zainteresować się tym, w jaki sposób ów samorząd wykonuje na zgromadzeniu wspólników tego przedsiębiorstwa prawo weta związane z większościowym pakietem udziałów. W tym względzie sąd odsyłający powinien zbadać znaczenie tego prawa, biorąc pod uwagę uchwały, przy których może ono zostać zastosowane, oraz oceniając ewentualne warunki ograniczające korzystanie z niego.

109. Chociaż samorząd nie może bowiem narzucić żadnych decyzji [53], to nie oznacza to, że nie może sprawować wyłącznej kontroli nad FES, jeżeli jest w stanie zawetować strategiczne decyzje w przedsiębiorstwie dotyczące jego polityki handlowej, mianowania zarządu, budżetu lub planu biznesowego. Jeżeli sąd krajowy wykaże, że Stadt Frankfurt am Main może, korzystając z prawa weta, sprzeciwić się decyzjom kluczowym dla strategii handlowej FES oraz doprowadzić do impasu w procesie decyzyjnym tego przedsiębiorstwa, wówczas Stadt Frankfurt am Main posiada decydujący wpływ na zarządzanie FES i w związku z tym sprawuje faktyczny nadzór.

53 — Należy zauważyć, że zgromadzenie wspólników FES może podejmować uchwały wyłącznie większością trzech czwartych głosów. Jeżeli Stadt Frankfurt am Main posiada 51% udziałów w tym przedsiębiorstwie, to udział ten nie jest wystarczający, aby umożliwić mu samodzielne podejmowanie uchwał na tych zgromadzeniach.

110. W tych okolicznościach w celu ustalenia dokładnego zakresu nadzoru Stadt Frankfurt am Main nad zarządem FES do sądu krajowego należy ocena, czy samorząd publiczny może wywierać decydujący wpływ na zarząd przedsiębiorstwa poprzez prawo weta przyznane mu jako udziałowcowi większościowemu.

111. Jeśli ewentualnie sąd krajowy ustali, iż prawo weta nie pozwala Stadt Frankfurt am Main na sprawowanie nadzoru nad zarządzaniem tym przedsiębiorstwem, wówczas powinien zbadać dwa inne kryteria.

— W przedmiocie kryterium finansowania w przeważającej części przez samorząd lokalny

112. Trybunał określił zakres tej przesłanki w powołanym powyżej wyroku w sprawie University of Cambridge. Jego zdaniem jedynie finansowanie lub wspieranie poprzez pomoc pieniężną działalności danego podmiotu, dokonywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego, może zostać zakwalifikowane jako „finansowanie publiczne". Natomiast kwoty wypłacane przez instytucję zamawiającą w zamian za świadczenia umowne nie mieszczą się w tej kategorii [54].

113. Trybunał wskazał również, że pojęcie „przeważająca część" należy interpretować jako oznaczające „więcej niż połowa" i że ocena procentowego udziału finansowania publicznego powinna dotyczyć wszystkich dochodów, z których korzysta dany podmiot, w tym również dochodów pochodzących z działalności handlowej, oraz że obliczenia należy dokonać w ujęciu rocznym.

114. Z postanowienia odsyłającego w niniejszej sprawie wynika, że ponad połowa rocznego obrotu FES pochodzi z umów synalagmatycznych zawartych z Stadt Frankfurt am Main na zbieranie i utylizację odpadów oraz oczyszczanie miasta. Kwoty wypłacane przez ten samorząd są więc świadczeniem wzajemnym za wynikające z umowy usługi oferowane przez FES, a wspomniany samorząd ma oczywiście interes gospodarczy w ich realizacji. O ile taki stosunek umowny może faktycznie spowodować zależność FES od samorządu, to jednak taka zależność ma, zdaniem Trybunału, inny charakter od tego,

54 — Punkty 21 i 24 tego wyroku. W sprawie tej finansowanie publiczne oznaczało stypendia przeznaczone dla studentów oraz subwencje wypłacane w celu promowania prac badawczych prowadzonych przez tę uczelnię, a nie płatności dokonywane przez państwo w zamian za usługi świadczone przez uniwersytet.

który wynika ze zwykłego udzielania wsparcia, i winna być traktowana jako zależność istniejąca w ramach normalnych stosunków handlowych [55].

115. Mając na uwadze te elementy, sądzę, że płatności dokonywane przez Stadt Frankfurt am Main dla FES nie stanowią zatem, w rozumieniu przytoczonego orzecznictwa, finansowania publicznego.

— W przedmiocie kryterium dotyczącego składu organu administracji, zarządu lub nadzoru

116. Postanowienie odsyłające nie precyzuje składu oraz sposobu mianowania członków zarządu oraz dyrekcji FES. Sąd krajowy wskazuje jedynie, że Stadt Frankfurt am Main mianuje jedną czwartą członków rady nadzorczej oraz przewodniczącego rady nadzorczej, którego głos jest decydujący w przypadku równego rozłożenia głosów [56]. Nie wystarcza to zatem, aby owo kryterium mogło być spełnione.

117. Zważywszy na ogół powyższych rozważań, uważam, że podmiot z kapitałem mieszanym, taki jak FES, który został utworzony w ramach partnerstwa ze Stadt Frankfurt am Main, stanowi „podmiot prawa publicznego" w rozumieniu art. 1 lit. b) akapit drugi dyrektywy 92/50 w przypadku wykazania, że po pierwsze, podmiot ten zaspokaja potrzeby leżące w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, oraz że po drugie, zarząd i dyrekcja tego podmiotu pozostają w ścisłej zależności od samorządu publicznego.

118. Wspomniany podmiot służy realizacji potrzeb leżących w interesie ogólnym w rozumieniu art. 1 lit. b) akapit drugi tiret pierwsze dyrektywy 92/50 wówczas, gdy zajmuje się zbiórką i przetwarzaniem odpadów oraz

55 — Punkt 25 ww. wyroku w sprawie University of Cambridge.

56 — Rada ta, jak wskazuje jej nazwa, ma za zadanie kontrolowanie oraz nadzór nad zarządem spółki. Rada nadzorcza bardzo często zapewnia nadzór merytoryczny oraz kontrolę zgodności z prawem, w szczególności przeprowadzając kontrole, które uważa za celowe, lub przedstawiając na zgromadzeniu wspólników swoje uwagi dotyczące rocznych sprawozdań finansowych spółki. Rada nadzorcza może również posiadać szczególne uprawnienia pozwalające jej przykładowo na powoływanie członków lub prezesa zarządu, lub też zezwalać na zbycie udziałów. Przewodniczący rady nadzorczej ma zasadniczo dwie funkcje dotyczące głównie zwoływania rady oraz nadzoru w czasie obrad. Rola oraz funkcje rady nadzorczej są dokładnie określone przez ustawę i zapisane w statucie spółki, którego nie posiadam (zob. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 17e édition, Litec, Paris 2004, s. 286, 287).

oczyszczaniem miasta w obszarze samorządu publicznego. W celu oceny, czy potrzeby te nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, do właściwego sądu krajowego będzie należeć analiza warunków, w jakich FES wykonuje swoją działalność, a w szczególności stanu konkurencji w tych sektorach.

119. Taki podmiot jest ściśle zależny od samorządu publicznego w rozumieniu art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50, gdy zarządzanie nim oraz organy zarządu, administracji lub nadzoru podlegają nadzorowi ze strony tej instytucji. W celu określenia dokładnego zakresu nadzoru ze strony Stadt Frankfurt am Main nad zarządzaniem FES do właściwego sądu krajowego będzie należeć ocena, czy samorząd publiczny może poprzez prawo weta, którym dysponuje na zgromadzeniu wspólników, lub poprzez skład wspomnianych wyżej organów spółki zapewnić skuteczny nadzór nad zarządzaniem tym podmiotem i w taki sam sposób wpływać na jego decyzje w zakresie przyznawania koncesji na usługi.

C — *W przedmiocie uprawnienia do wydania nakazu przysługującego sądowi krajowemu w przypadku naruszenia obowiązku przejrzystości*

120. W pytaniach pierwszym i czwartym Landgericht Frankfurt am Main zwraca się do Trybunału w kwestii warunków kontroli sądowej decyzji wydawanych w zakresie koncesji na usługi. Sąd krajowy zastanawia się w szczególności, czy w okolicznościach rozpatrywanych w postępowaniu przed sądem krajowym prawo wspólnotowe wymaga, by państwa członkowskie uznały uprawnienie swoich sądów krajowych do wydawania nakazów w stosunku do stron, które zawarły umowę koncesyjną z naruszeniem obowiązku przejrzystości.

121. W niniejszej sprawie skarżąca nie kwestionuje decyzji Stadt Frankfurt am Main o udzieleniu FES koncesji na usługi. Kwestionuje natomiast decyzję, w której organ administracji zezwolił na zmianę podwykonawcy w trakcie wykonywania tej umowy w oparciu o art. 30 IV umowy koncesyjnej. Zdaniem skarżącej, działając w ten sposób, Stadt Frankfurt am Main naruszyło obowiązek przejrzystości przez dokonanie istotnej zmiany wspomnianej wyżej umowy, nie spełniając wymogów prawa wspólnotowego dotyczących uprzedniej publikacji ogłoszenia i przeprowadzenia przetargu.

122. Spór ten nie dotyczy więc zawarcia umowy koncesyjnej, ale jej wykonania. W swoim pozwie skarżąca wnosi do sądu krajowego o zapobieżenie ponownemu naruszeniu obowiązku przejrzystości poprzez nakazanie administracji, by nie wyrażała zgody

na zmianę podwykonawcy w zakresie dostawy i konserwacji toalet publicznych, które mają być ustawione na dworcach Kornmarkt, Galluswarte oraz Rödelheim. W podobny sposób skarżąca wnosi, aby sąd wydał nakaz FES, by nie zawierała nowej umowy o podwykonawstwo w zakresie wyżej wskazanych usług. W celu doprowadzenia do zgodności z prawem warunków wykonania koncesji na usługi skarżąca wnosi również do sądu krajowego o nakazanie administracji, a w odpowiednim przypadku FES, rozwiązania umów zawartych z naruszeniem obowiązku przejrzystości.

123. W celu udzielenia odpowiedzi na pytania postawione przez sąd krajowy należy przypomnieć, na jakich warunkach sąd krajowy ma obowiązek zapewnienia ochrony sądowej uprawnień podmiotów prawa wynikających z prawa wspólnotowego.

1. Uwagi wstępne

124. Prawo wspólnotowe w obecnym kształcie nie reguluje sposobu, w jaki państwa członkowskie winny zapewnić wykonalność orzeczeń oraz ścigać naruszenia obowiązku przejrzystości popełnione przy wykonywaniu koncesji na usługi. W celu analizy zakresu, w jakim państwa członkowskie są zobowiązane do przyznania sądom krajowym uprawnień do wydania nakazu, należy odwołać się do zasad wspólnotowego porządku prawnego, a w szczególności zaś do zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego oraz autonomii proceduralnej państw członkowskich.

125. Zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego zobowiązuje państwa członkowskie do stosowania skutecznych sankcji w przypadku uchybień obowiązkowi przejrzystości popełnionych w ramach postępowania o udzielenie koncesji na usługi.

126. Przypominam bowiem, że obowiązek przejrzystości stanowi konkretny i szczególny wyraz ogólnej zasady prawa, której przestrzeganie jest obowiązkiem państw członkowskich, gdy działają one w zakresie, w którym znajduje zastosowanie prawo wspólnotowe. Obowiązek ten ustanawia na rzecz jednostek uprawnienia, które powinny podlegać skutecznej ochronie sądowej ze strony sądu krajowego. Sąd krajowy powinien zatem być w stanie zapewnić całkowitą wykonalność swojego orzeczenia oraz mieć możliwość przyjęcia skutecznych, proporcjonalnych i odstraszających sankcji w celu zapewnienia pełnej skuteczności prawa wspólnotowego.

127. Taki jest nasz punkt wyjścia.

128. Uważam natomiast, że w braku uregulowań wspólnotowych zgodne z zasadą autonomii proceduralnej państw członkowskich jest pozostawienie tym państwom kwestii określenia uprawnień sądów krajowych w celu zapewnienia wykonalności ich orzeczeń i ścigania naruszeń obowiązku przejrzystości przy udzielaniu umów koncesyjnych. Takie odesłanie do krajowych norm proceduralnych państw członkowskich, które oczywiście powinny uwzględniać zasady równoważności i skuteczności, wydaje mi się bardziej zgodne z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, uwzględniającym zasadę autonomii proceduralnej państw członkowskich.

129. Z tego orzecznictwa wynika, że wobec braku uregulowań wspólnotowych do wewnętrznego porządku prawnego każdego państwa członkowskiego należy wyznaczenie właściwych sądów oraz uregulowanie trybów odwoławczych, które mają zapewnić ochronę praw wynikających dla jednostek z prawa wspólnotowego, przy czym zasady te nie mogą być mniej korzystne od zasad dotyczących podobnych środków o charakterze wewnętrznym (zasada równoważności) ani czynić wykonywania praw przyznanych przez wspólnotowy porządek prawny praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym (zasada skuteczności) [57].

57 — Wyrok z dnia 15 kwietnia 2008 r. w sprawie C-268/06 Impact, Zb.Orz. s. I-2483, pkt 44, 46–48 i przytoczone tam orzecznictwo.

130. Na pytania przedłożone przez sąd krajowy należy odpowiedzieć w świetle tych właśnie rozważań.

2. Ocena

131. W pytaniach pierwszym, drugim i czwartym sąd krajowy zasadniczo zapytuje Trybunał, czy obowiązek przejrzystości należy interpretować w ten sposób, że państwa członkowskie są zobowiązane do przyznania sądowi krajowemu uprawnień do wydania nakazu wobec stron danego sporu w celu zapewnienia przestrzegania tego obowiązku. Sąd krajowy pragnie się również dowiedzieć od Trybunału, czy krajowy sąd jest zobowiązany do nakazania stronom rozwiązania umów zawartych z naruszeniem tego obowiązku [58].

58 — Czwarte pytanie zostało sformułowane w taki sposób, że nie jest mi wiadomo, czy umowa, o której wspomina sąd krajowy, jest umową koncesyjną na usługi zawartą pomiędzy Stadt Frankfurt am Main a FES, czy też umową podwykonawczą zawartą następnie pomiędzy koncesjonariuszem a DSM. Z postanowienia odsyłającego wynika bowiem, że skarżąca nie kwestionuje decyzji Stadt Frankfurt am Main o udzieleniu FES koncesji na usługi. W związku z tym skarżąca nie domaga się rozwiązania umowy koncesyjnej zawartej z FES. Skarżąca kwestionuje natomiast decyzję, w której Stadt Frankfurt am Main wyraziło zgodę na zmianę podwykonawcy w oparciu o art. 30 IV umowy koncesyjnej. Celem skarżącej w postępowaniu przed sądem krajowym jest w istocie pozbawienie skuteczności umowy podwykonawczej zawartej pomiędzy FES a DSM. Sąd krajowy w swoim postanowieniu odsyłającym twierdzi natomiast, że Stadt Frankfurt am Main było zobowiązane do rozwiązania umowy koncesyjnej na usługi, na której to zmianę się zgodziło. Zakładam, że w razie wątpliwości pytanie dotyczy obu tych przypadków.

132. Uprawnienie do wydania nakazu jest daną sądowi możliwością nakazania jednej stronie podjęcia lub zaniechania określonego działania, ewentualnie pod rygorem nałożenia grzywny. Tym samym sąd rozpatrujący spór może nakazać osobie fizycznej lub administracji podjęcie określonego środka, w sytuacji gdy z wyroku wynika konieczność podjęcia takiego środka przez jedną ze stron sporu. Uprawnienie to stanowi pożyteczny instrument gwarantujący wykonalność orzeczeń sądowych oraz przezwyciężenie trudności lub odmowy w zakresie wykonania prawomocnego wyroku.

133. Zasada, zgodnie z którą sąd krajowy może kierować nakazy, nie stanowi obecnie przedmiotu żadnych uregulowań wspólnotowych. Ponadto zasada ta nie jest w państwach członkowskich stosowana w jednolity sposób, szczególnie jeżeli adresatem nakazu jest administracja.

134. To uprawnienie sądu do wydania nakazu jest uznawane w Niemczech oraz w Zjednoczonym Królestwie. Sąd w Niemczech posiada ogólne kompetencje do wydawania nakazu w stosunku do administracji. Podobnie sąd brytyjski może wydawać nakazy lub zakazy w stosunku do wszystkich organów administracji, z wyjątkiem rządu i jego bezpośrednich współpracowników. Ta kwestia była dłużej rozważana przez sąd administracyjny we Francji z powodu tradycyjnej koncepcji podziału władzy. Od chwili przyjęcia ustawy z dnia 8 lutego 1995 r. [59] koncepcja ta stanowi obecnie przedmiot wielu wyjątków.

135. Jak już wskazałem, w aktualnym stanie prawa wspólnotowego państwa członkowskie powinny, w ramach swojego wewnętrznego porządku prawnego i w zgodzie z zasadami skuteczności i równoważności, określić konieczność, a w razie potrzeby warunki przyznania uprawnienia do wydania nakazu. W tym zakresie państwa członkowskie muszą opierać się na zasadach, które leżą u podstaw ich krajowych systemów sądowniczych. Powinny zbadać, w jakim stopniu prawo do wydawania nakazów wpisuje się w całokształt istniejących środków prawnych, oraz muszą uwzględnić uprawnienia, które już przysługują sądom krajowym. W ramach tej oceny państwa członkowskie winny zatroszczyć się o zagwarantowanie całkowitej wykonalności orzeczeń sądowych wydanych w przedmiocie istnienia uprawnień dochodzonych na podstawie prawa wspólnotowego. Realizując ten cel, państwa członkowskie zmierzają do zagwarantowania pełnej skuteczności prawa wspólnotowego oraz do zapewnienia ochrony wynikających z niego praw jednostek.

59 — Ustawa nr 95-125 o ustroju sądów powszechnych oraz o postępowaniu cywilnym, karnym i administracyjnym (JORF z dnia 9 lutego 1995 r.). Zobacz art. L-911-1–L-911-3 code de justice administrative (kodeksu postępowania przed sądami administracyjnymi).

136. W tym względzie nakazanie rozwiązania umowy, o ile nie jest wymagane prawem wspólnotowym, może się jawić jako sankcja, która jest najbardziej odpowiednia w celu zapewnienia skuteczności prawa wspólnotowego i ochrony praw jednostek. Może to mieć miejsce w szczególności w przypadku, gdy chodzi o szczególnie poważne naruszenie przepisów prawa wspólnotowego, takich jak przepisy nakładające wymóg odpowiedniego ogłoszenia lub uprzedniego przeprowadzenia przetargu. Możemy oprzeć się tutaj na przepisach przyjętych w tym zakresie przez prawodawcę wspólnotowego w art. 2d wprowadzonym przez dyrektywę 2007/66 [60].

137. Landegericht Frankfurt am Main w swoim postanowieniu odsyłającym twierdzi, że Stadt Frankfurt am Main było zobowiązane do rozwiązania umowy koncesyjnej na usługi, na której zmianę się zgodziło.

138. W celu poparcia swojego punktu widzenia sąd krajowy podnosi, że zasady określone przez prawodawcę wspólnotowego w art. 2 dyrektywy 89/665 i potwierdzone przez Trybunał w wyroku w sprawie Komisja przeciwko Niemcom [61] mają zastosowanie w drodze analogii do procedur przyznawania koncesji na usługi.

139. W wyroku tym Trybunał, orzekając na podstawie art. 228 WE, orzekł na niekorzyść Republiki Federalnej Niemiec z powodu nierozwiązania umowy na unieszkodliwianie odpadów przez miasto Brunszwik (Niemcy), zawartej z naruszeniem dyrektywy 92/50. Republika Federalna Niemiec oparła się na postanowieniach art. 2 ust. 6 akapit drugi dyrektywy 89/665, twierdząc, że odszkodowania, z których mogą korzystać przedsiębiorstwa doznające uszczerbku, są wystarczającą karą za naruszenia popełnione przez instytucję zamawiającą. Trybunał nie podzielił tego rozumowania. W opinii Trybunału przepis ten reguluje związek pomiędzy państwem członkowskim i jego obywatelami, jednak nie reguluje stosunków między państwem członkowskim i Wspólnotą, a zatem nie pozwala temu państwu na uniknięcie odpowiedzialności w ramach prawa wspólnotowego. W związku z pozostawieniem w mocy rozpatrywanej umowy uchybienie Republiki Federalnej Niemiec trwało nadal, a naruszenie swobody świadczenia usług mogłoby trwać przez cały okres trwania umowy. Zdaniem Trybunału

60 — Zgodnie z tym przepisem umowa powinna zostać uznana za nieskuteczną w całości lub w części w przypadku jej zawarcia bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* lub też gdy oferent, który doznał uszczerbku, nie miał możliwości skorzystania ze środków odwoławczych przed zawarciem umowy, lub w szczególnym przypadku zamówień opartych na umowie ramowej i dynamicznym systemie zakupów objętych dyrektywą 2004/18. Tym niemniej art. 2e wprowadzony przez dyrektywę 2007/66 umożliwia państwom członkowskim ustanowienie innych sankcji uwzględniających powagę naruszenia, zachowanie instytucji zamawiającej, oraz, w stosownych przypadkach, zakres anulowania zobowiązań umownych. Mowa tu o nałożeniu kar pieniężnych lub skróceniu okresu obowiązywania umowy.

61 — Wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-503/04, Zb.Orz. s. I-6153, pkt 29–36.

rozwiązanie umowy było konieczne nie tylko w celu zapewnienia pełnej wykonalności wyroku stwierdzającego uchybienie, ale również w celu zapewnienia przestrzegania prawa wspólnotowego.

140. Inaczej niż sąd krajowy nie uważam, aby zasady określone w ramach sporu dotyczącego zamówień publicznych mogły tak po prostu i zwyczajnie znaleźć zastosowanie w sporze dotyczącym koncesji na usługi, a to z dwóch powodów.

141. Po pierwsze, przypominam, że pomimo wielu przepisów przyjętych w ramach udzielania zamówień publicznych, państwa członkowskie nie chciały ustanowić prawa w zakresie procedury udzielania koncesji na usługi. Nie można zatem zignorować faktu braku regulacji wspólnotowych w tym zakresie i stosować w drodze analogii konkretnych i wiążących przepisów określonych w dyrektywie 89/665.

142. Po wtóre, ocenienie w taki sam sposób konsekwencji, jakie należy wyciągnąć z uchybienia obowiązkowi przejrzystości w zależności od tego, czy chodzi o zamówienie publiczne, czy koncesję na usługi publiczne, wydaje się trudne. W przypadku bowiem koncesji na usługi publiczne sankcje nie muszą mieć na celu jedynie zapewnienia zgodności z prawem lub ukarania za niezgodne z prawem działanie instytucji zamawiającej. Sankcje mają również, a może przede wszystkim, na celu zapewnienie właściwego funkcjonowania usług publicznych oraz ochronę interesu ogólnego, do którego zaspokojenia przyczynia się to zamówienie.

143. Tym samym nakaz, chociaż w szczególności musi zapewniać pełną skuteczność prawa wspólnotowego, powinien móc zostać poddany ocenie sądu krajowego dla każdego przypadku oddzielenie. Przedmiot tej analizy każdego przypadku powinien uwzględnić wszystkie istotne aspekty sprawy, takie jak zachowanie instytucji zamawiającej, charakter niezgodnego z prawem działania oraz wszystkie interesy, co do których zachodzi prawdopodobieństwo uszczerbku, a w szczególności interes ogólny.

144. W ramach niniejszej sprawy w Niemczech przyjęto zasadę, zgodnie z którą sąd krajowy może wydać nakaz. Z postanowienia odsyłającego wynika, iż sąd krajowy może skorzystać z tej kompetencji na mocy art. 1004 ust. 1 Bürgerliches Gesetzbuch

(niemieckiego kodeksu cywilnego, zwanego dalej: „BGB”) [62] w dwóch sytuacjach:

— w przypadku gdy osoba doznaje uszczerbku z powodu naruszenia interesów chronionych przez prawo, takich jak życie, integralność fizyczna i osobowość, zdrowie, wolność i własność, lub

— w przypadku gdy osoba doznaje uszczerbku z powodu naruszenia „prawa mającego na celu ochronę innej osoby” w rozumieniu art. 823 ust. 2 BGB.

145. W ramach niniejszego sporu do sądu krajowego należy ustalenie, czy krajowe przepisy proceduralne, a w niniejszym przypadku art. 823 ust. 2 BGB, umożliwiają właściwemu sądowi skierowanie do organu administracji nakazu w sytuacji, gdy naruszył on obowiązek przejrzystości, oraz nakazanie mu rozwiązania umowy zawartej z FES oraz niewydawania zgody na zmianę podwykonawcy [63].

146. W tym celu do sądu krajowego należy w pierwszej kolejności ocena, czy w rozumieniu tego przepisu ów obowiązek stanowi „prawo mające na celu ochronę innej osoby”. Jak wyjaśnił sąd krajowy w uzasadnieniu drugiego pytania prejudycjalnego, tak jest, jeśli wspomniany obowiązek stanowi zasadę prawa zwyczajowego.

147. Pragnę przypomnieć sądowi krajowemu, iż obowiązek przejrzystości jest wyrazem ogólnej zasady równego traktowania. Zasada ta należy do podstawowych zasad prawa wspólnotowego, a jej bezpośrednim źródłem są postanowienia traktatu [64]. Ustanawia ona uprawnienia na korzyść jednostek i wiąże wszystkie organy państwa członkowskiego przy stosowaniu prawa wspólnotowego. Wobec tego są one zobowiązane, w najszerszym możliwym zakresie, stosować to prawo w sposób, który nie narusza wymogów wynikających z ochrony praw podstawowych we wspólnotowym porządku prawnym. Dlatego w ramach niniejszej sprawy sąd krajowy po-

62 — Przepis ten stanowi, co następuje:
„Jeśli własność zostaje zakłócona inaczej niż przez wywłaszczenie lub zatrzymanie posiadania rzeczy, właściciel może żądać od zakłócającego przywrócenia stanu poprzedniego. Jeżeli należy obawiać się, że wystąpią dalsze zakłócenia, właściciel może żądać zaniechania dalszych naruszeń”.
Z postanowienia odsyłającego wynika, że przepis ten został zastosowany poprzez analogię do innych naruszeń (a w szczególności do naruszeń godzących w życie, integralność fizyczną, osobowość, zdrowie i wolność) oraz do niektórych bezprawnych zachowań.

63 — Zobacz w szczególności ww. wyrok w sprawie Rodríguez Caballero, pkt 30 i przytoczone tam orzecznictwo; wyrok z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-327/00 Santex, Rec. s. I-1877, pkt 62, 63; wyrok z dnia 13 marca 2007 r. w sprawie C-432/05 Unibet, Zb.Orz. s. I-2271, pkt 44.

64 — Zobacz ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 48, 49.

winien, na ile to możliwe, dokonać wykładni przepisów krajowych przyznających sądom kompetencję do wydania nakazu, w sposób gwarantujący pełną skuteczność prawa wspólnotowego oraz ochronę wynikających z niego praw skarżącej.

148. Jeżeli sąd krajowy uzna, że w rozumieniu art. 823 ust. 2 BGB obowiązek przejrzystości stanowi „prawo mające na celu ochronę innej osoby", powinien wówczas upewnić się, czy przesłanki, na jakich sąd krajowy może kierować nakazy w przypadku naruszenia obowiązku przejrzystości, odpowiadają przesłankom przewidzianym w ramach sporu dotyczącego naruszenia prawa krajowego. Sąd krajowy powinien również sprawdzić, czy warunki te nie czynią wykonywania praw przyznanych przez wspólnotowy porządek prawny praktycznie niemożliwym lub nadmiernie utrudnionym.

149. W ramach niniejszego sporu cel polega na zagwarantowaniu pełnej skuteczności prawa wspólnotowego poprzez nałożenie skutecznych sankcji za uchybienia obowiązkowi przejrzystości oraz zapobieżenie grożącemu naruszeniu tego obowiązku w wyniku nadużycia poprzez kolejne zastosowanie klauzuli dotyczącej podwykonawstwa, zawartej w art. 30 IV umowy koncesyjnej.

150. Zadaniem sądu krajowego będzie dokonanie oceny, właśnie z uwzględnieniem tego celu, czy należy wydać nakaz dla Stadt Frankfurt am Main, a w odpowiednim przypadku dla FES, rozwiązania umów zawartych z naruszeniem prawa wspólnotowego. W tym względzie, jak wskazuje postanowienie odsyłające, Landgericht Frankfurt am Main twierdzi, że naruszenie obowiązku przejrzystości może stanowić ważny powód rozwiązania umowy koncesyjnej w rozumieniu art. 314 BGB [65].

151. Również mając na uwadze powyższy cel, sąd krajowy będzie miał za zadanie ocenić, czy należy wydać nakaz dla organu administracji oraz dla FES, by nie dokonywano, w takich okolicznościach, jak okoliczności sporu przed sądem krajowym, zmiany podwykonawcy w zakresie dostawy i konserwacji toalet, które mają być ustawione na dworcach Kornmarkt, Galluswarte oraz Rödelheim.

152. Wobec powyższego proponuję, aby Trybunał odpowiedział sądowi krajowemu, iż w przypadku gdy właściwy sąd krajowy

65 — Zgodnie z tym przepisem „[k]ażda ze stron może z ważnego powodu rozwiązać umowę zawartą na czas nieokreślony, bez obowiązku zachowania terminu wypowiedzenia. Ważny powód istnieje wówczas, gdy w świetle okoliczności danego przypadku i po wyważeniu interesów obu stron od strony rozwiązującej umowę nie można rozsądnie oczekiwać, iż utrzyma stosunek umowny aż do uzgodnionego terminu lub do końca terminu wypowiedzenia".

stwierdza naruszenie obowiązku przejrzystości w ramach postępowania w sprawie udzielenia koncesji na usługi, obowiązujące prawo wspólnotowe nie wymaga od państw członkowskich przyznania temu sądowi uprawnienia do wydania nakazu w stosunku do stron sporu. Zadaniem wewnętrznego porządku prawnego każdego z państw członkowskich jest określenie, zgodnie ze wspólnotowymi zasadami równoważności i skuteczności, procedur pozwalających właściwemu sądowi krajowemu na zapewnienie pełnej skuteczności prawa wspólnotowego i pełnej wykonalności orzeczenia sądowego wydanego w przedmiocie istnienia uprawnień dochodzonych na podstawie tego prawa.

VI — Wnioski

153. Biorąc pod uwagę całość powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne Landgericht Frankfurt am Main w następujący sposób:

„1) W przypadku gdy w ramach postępowania w sprawie udzielenia koncesji na usługi tożsamość podwykonawcy jest istotnym elementem, na którym instytucja zamawiająca opiera się przy udzielaniu koncesji, obowiązek przejrzystości wymaga od państw członkowskich, aby przeprowadziły nowe postępowanie przetargowe, jeżeli koncesjonariusz zamierza dokonać zmiany podwykonawcy jeszcze przed wykonaniem pierwszych usług, a bez przedstawienia uzasadnionego powodu. Do właściwego sądu krajowego należy ocena, czy nazwa, renoma oraz wiedza techniczna podwykonawcy przedstawionego przez Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH w chwili składania swojej oferty były istotnym elementem, na którym oparło się Stadt Frankfurt am Main przy udzielaniu koncesji temu przedsiębiorstwu.

2) Podmiot z kapitałem mieszanym, taki jak Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, ustanowiony w ramach partnerstwa ze Stadt Frankfurt am Main, stanowi »podmiot prawa publicznego« w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. odnoszącej się do koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi w brzmieniu zmienionym dyrektywą Komisji 2001/78/WE z dnia 13 września 2001 r. w przypadku wykazania, po pierwsze, że podmiot ten zaspokaja potrzeby leżące w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego oraz, po drugie że zarządzanie nim lub jego kierownictwo pozostają w ścisłej zależności od samorządu publicznego.

Wspomniany podmiot realizuje potrzeby leżące w interesie ogólnym w rozumieniu art. 1 lit. b) akapit drugi tiret pierwsze dyrektywy 92/50, w przypadku gdy zajmuje się zbiórką i przetwarzaniem odpadów oraz oczyszczaniem miasta na obszarze danego samorządu publicznego. W celu oceny, czy potrzeby te nie mają charakteru przemysłowego lub handlowego, do właściwego sądu krajowego należy analiza warunków, w jakich Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH wykonuje swoją działalność, a w szczególności zaś konkurencji istniejącej w tych sektorach.

Taki podmiot pozostaje w ścisłej zależności od samorządu publicznego w rozumieniu art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektywy 92/50, w przypadku gdy zarządzanie nim oraz organy zarządu, administracji lub nadzoru podlegają nadzorowi ze strony tego samorządu. W celu ustalenia dokładnego zakresu nadzoru nad zarządzaniem Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH ze strony Stadt Frankfurt am Main właściwy sąd krajowy powinien ocenić, czy samorząd publiczny może, w drodze prawa weta, którym dysponuje na zgromadzeniu wspólników, lub poprzez skład wyżej wspomnianych organów przedsiębiorstwa, zapewnić czynny nadzór nad zarządzaniem tym podmiotem oraz w ten sam sposób wpływać na jego decyzje w zakresie przyznawania koncesji na usługi.

3) W przypadku gdy w ramach postępowania w sprawie udzielenia koncesji na usługi właściwy sąd krajowy stwierdzi naruszenie obowiązku przejrzystości, obowiązujące prawo wspólnotowe nie wymaga od państw członkowskich przyznania temu sądowi uprawnienia do wydania nakazu w stosunku do stron sporu. Zadaniem wewnętrznego porządku prawnego każdego z państw członkowskich jest określenie, zgodnie ze wspólnotowymi zasadami równoważności i skuteczności, procedur umożliwiających właściwemu sądowi krajowemu zapewnienie pełnej skuteczności prawa wspólnotowego i pełnej wykonalności orzeczenia sądowego wydanego w przedmiocie istnienia uprawnień dochodzonych na podstawie tego prawa".