SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA YVESA BOTA,
predstavljeni 27. oktobra 2009[1]

1. Landgericht Frankfurt am Main se s tem predlogom za predhodno odločanje v bistvu sprašuje o obsegu obveznosti preglednosti in posledicah, ki jih je treba izpeljati iz njene kršitve pri postopku oddaje koncesije za storitve.

2. Ta predlog je bil predložen v sporu med podjetjem Wall AG[2] na eni strani ter Stadt Frankfurt am Main (v nadaljevanju: mesto Frankfurt na Majni) in podjetjem Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3] na drugi strani glede izvajanja koncesije za upravljanje in vzdrževanje javnih stranišč na območju tega mesta.

3. Ta zadeva bo Sodišču omogočila pojasniti pogoje, pod katerimi lahko naročnik privoli v spremembo koncesijske pogodbe med njenim izvajanjem, ne da bi kršil obveznost preglednosti.

4. Sodišče bo tudi imelo priložnost pojasniti pogoje, pod katerimi mora subjekt z mešanim kapitalom, ustanovljen na podlagi javno-zasebnega partnerstva, upoštevati to obveznost.

5. Nazadnje bo lahko Sodišče na podlagi vprašanj, ki jih je postavilo Landgericht Frankfurt am Main, pojasnilo pravila sodnega nadzora nad odločbami, ki so bile sprejete v okviru koncesij za storitve. Sodišče bo moralo zlasti preučiti, ali morajo države članice na podlagi prava Skupnosti svojim nacionalnim sodiščem priznati pooblastilo za izdajo odredbe za stranke pogodbe, kadar pristojno nacionalno sodišče ugotovi kršitev obveznosti preglednosti pri postopku oddaje koncesije za storitve.

1 – Jezik izvirnika: francoščina.
2 – V nadaljevanju: tožeča stranka.
3 – V nadaljevanju: FES.

I – Pravni okvir Skupnosti

A – *Primarno pravo*

6. S Pogodbo ES se ne omejuje svoboda držav članic, da sklepajo koncesijske pogodbe za storitve, če so pravila za njihovo dodelitev združljiva z določbami, s katerimi se uvaja in zagotavlja dobro delovanje enotnega trga.

7. Kot pri vsakem državnem aktu, s katerim se določijo pogoji za opravljanje gospodarskih dejavnosti, je treba tudi pri dodelitvi koncesije upoštevati načela, potrjena s Pogodbo na področju pravice do ustanavljanja (člen 43 ES) in svobode opravljanja storitev (člen 49 ES), ter pravila, s katerimi se prepoveduje vsaka diskriminacija na podlagi državljanstva (člen 12, prvi odstavek, ES).

8. Pri dodelitvi koncesije je treba poleg tega upoštevati načela, ki jih je Sodišče razvilo na podlagi teh določb, ter zlasti načeli enakega obravnavanja in preglednosti, katerih obseg bom pojasnil v nadaljevanju. Čeprav se ta sodna praksa nanaša zlasti na spore v zvezi s pogodbami o javnih naročilih, pa je vseeno dejstvo, da pomen načel, ki izhajajo iz te sodne prakse, presega okvir navedenih pogodb. Izhajam iz predpostavke, da se ta načela uporabljajo tudi za druge primere, zlasti za koncesije.

B – *Sekundarno pravo*

9. V sedanjem stanju prava Skupnosti koncesijske pogodbe za storitve niso urejene s sekundarno zakonodajo.[4] Kljub temu pa je na podlagi določb, sprejetih na podlagi direktiv s področja oddaje javnih naročil, mogoče presoditi nekatera pravila za oddajo tovrstnih pogodb.

1. Zakonodaja v zvezi z usklajevanjem postopkov oddaje javnih naročil storitev

10. Pojem „naročniki“ je bil najprej opredeljen v členu 1(b) Direktive 92/50/EGS[5]. Ta

4 – Sekundarno pravo Skupnosti trenutno vsebuje samo pravila, ki se uporabljajo za koncesije za gradnje, podeljene v klasičnih sektorjih.

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

direktiva se v skladu z osmo uvodno izjavo uporablja za „javna naročila storitev“[6], zaradi česar so z njenega področja uporabe izključene koncesije za storitve. Namen Direktive 92/50 je odpraviti ovire za prosti pretok storitev in blaga ter zaščititi interese gospodarskih subjektov, ki želijo ponujati blago ali storitve naročnikom s sedežem v drugi državi članici.[7]

11. V členu 1(b) te direktive je pojem „naročniki“ opredeljen tako:

„*naročniki* pomeni državo, regionalne ali lokalne oblasti, telesa [subjekte], za katera velja javno pravo, združenja, ki jih ustanovi ena ali več takšnih oblasti ali teles [subjektov], za katere velja javno pravo.

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

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

in

– je pravna oseba

ter

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

6 – V skladu s členom 1(a) te direktive so to „pogodbe z denarnim interesom, sklenjene pisno med ponudnikom storitve in naročnikom“. V smislu navedene direktive javno naročilo storitev vključuje plačilo, ki ga naročnik plača neposredno ponudniku storitev.

7 – Sodba z dne 1. februarja 2001 v zadevi Komisija proti Franciji (C-237/99, Recueil, str. I-939, točki 41 in 42 ter navedena sodna praksa).

[…]“

12. Pojem „koncesija za storitve“ je bil nato opredeljen v členu 1(4) Direktive 2004/18/ES[8], v kateri so na novo napisane določbe v zvezi z oddajo javnih naročil storitev, blaga in gradenj.[9]

13. V skladu s to določbo je koncesija za storitve „naročilo enake vrste kakor javno naročilo storitev, z izjemo dejstva, da je razlog za opravljanje storitev bodisi samo pravica do koriščenja storitve ali ta pravica skupaj s plačilom“.

14. Poleg tega je v členu 1(9) te direktive z enakimi besedami povzeta opredelitev pojma „oseba javnega prava“ iz člena 1(b), drugi pododstavek, Direktive 92/50.

2. Direktiva 89/665/EGS

15. Direktiva 89/665/EGS[10] omogoča bistveno okrepitev jamstev preglednosti in nediskriminacije pri odprtju javnih naročil konkurenci, s tem da države članice obvezuje, da v primeru kršitev določb direktiv o javnih naročilih uvedejo hitre in učinkovite revizijske postopke.[11] V skladu s členom 1 te direktive morajo biti ti postopki v skladu z natančnimi pravili, ki jih lahko določi država članica, na voljo vsem osebam, ki imajo ali so imele interes za dodelitev določenega javnega naročila in ki jim je z domnevno kršitvijo nastala škoda ali bi jim lahko nastala škoda.

8 – Direktiva Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114).

9 – Kar zadeva javna naročila storitev, Direktiva 92/50; kar zadeva javna naročila blaga, Direktiva Sveta 77/62/EGS z dne 21. decembra 1976 (UL 1977, L 13, str. 1), in kar zadeva javna naročila gradenj, Direktiva 71/305/EGS z dne 26. julija 1971 (UL L 185, str. 5), v nadaljevanju skupaj: direktive o javnih naročilih.

10 – Direktiva Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (UL L 395, str. 33), kakor je bila spremenjena z Direktivo 92/50, v nadaljevanju: Direktiva 89/665. Ta direktiva je bila nazadnje spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 (UL L 335, str. 31).

11 – Medtem ko se je člen 1 Direktive 89/665 nanašal samo na postopke oddaje javnih naročil gradenj in blaga, je bilo z Direktivo 2007/66 njeno področje uporabe razširjeno na javna naročila storitev.

16. Ob upoštevanju kratkotrajnosti postopkov oddaje javnih naročil morajo navedeni postopki v skladu s členom 2 Direktive 89/665 omogočati ne samo prednostno obravnavanje domnevnih kršitev in sprejetje začasnih ukrepov, ampak tudi razveljavitev nezakonitih odločitev in odškodnino za oškodovane osebe. Ta določba določa:

„1. Države članice zagotovijo, da sprejeti ukrepi v zvezi z revizijskimi postopki, določeni v členu 1, vključujejo določbo, ki omogoča, da:

(a) se ob prvi priložnosti in z začasnimi postopki sprejmejo začasni ukrepi, katerih cilj je, da se popravijo domnevne kršitve ali prepreči nadaljnja škoda zainteresiranim ponudnikom, vključno z ukrepi, s katerimi se začasno prekine ali zagotovi začasna prekinitev postopka oddaje javnih naročil ali izvajanje katere koli odločitve, ki jo sprejme naročnik;

(b) se razveljavi ali zagotovi, da se razveljavijo nezakonito sprejete odločitve […]

(c) se povrne škoda osebam, ki so bile oškodovane zaradi kršitve.

[…]

6. Učinke izvajanja pooblastil, navedenih v odstavku 1, na pogodbo, ki se sklene po oddaji, določi nacionalna zakonodaja.

[…]“

17. Kot sem navedel, je bila Direktiva 89/665 spremenjena z Direktivo 2007/66. Z njo naj bi se izboljšala učinkovitost nacionalnih revizijskih postopkov, pojasnjeni pa so tudi primeri, v katerih mora biti naročilo, sklenjeno v nasprotju s postopkovnimi pravili za oddajo javnih naročil, neveljavno.

3. Direktiva 80/723/EGS

18. Člen 2 Direktive 80/723/EGS[12] določa:

„1. Za namen te direktive:

[…]

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

[…]

12 – Direktiva Komisije z dne 25. junija 1980 o preglednosti finančnih odnosov med državami članicami in javnimi podjetji (UL L 195, str. 35), kakor je bila spremenjena z Direktivo Komisije 2000/52/ES z dne 26. julija 2000 (UL L 193, str. 75, v nadaljevanju: Direktiva 80/723).

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

(a) imajo večinski delež vpisanega delniškega kapitala; ali

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

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

II – Dejansko stanje in postopek v glavni stvari

19. V nadaljevanju povzemam dejansko stanje, ki se zdi upoštevno za moje sklepanje.

20. Pogodba, ki se obravnava v tej zadevi, je koncesijska pogodba za storitve v smislu člena 1(4) Direktive 2004/18. Ta pogodba je bila sklenjena med mestom Frankfurt na Majni, ki se kot ozemeljska skupnost šteje za „naročnika“ v smislu člena 1(b) Direktive 92/50, in podjetjem FES. Predmet navedene pogodbe so upravljanje in vzdrževanje enajstih javnih stranišč na območju mesta Frankfurt na Majni ter obnova dveh javnih stranišč na železniških postajah Rödelheim in Galluswarte, kar pomeni storitve v smislu člena 8 in Priloge I A k tej direktivi.

21. Zadevna pogodba je bila sklenjena za šestnajst let. Podjetje FES, ki je glavni izvajalec, ne prejema plačila od mesta Frankfurt na Majni, ampak prejema pristojbino, ki jo plačujejo uporabniki, in ima izključno pravico do uporabe straniščnih objektov za oglaševanje. S tem načinom plačila podjetje FES nosi poslovno tveganje v zvezi z zadevnimi storitvami.

22. Ta koncesija je bila podjetju FES dodeljena na podlagi ekonomsko najugodnejše ponudbe. Ponudbe, ki so jih oddala podjetja in med katerimi sta bili ponudbi podjetja FES in tožeče stranke, so bile ocenjene na podlagi več meril za dodelitev, navedenih v javnem razpisu. Kot izhaja iz predložitvenega sklepa, je bilo vsako od teh meril ponderirano, navedena pa so bila v padajočem vrstnem redu glede na pomen, ki jim ga je pripisalo mesto Frankfurt na Majni.[13]

23. Podjetje FES je v ponudbi tožečo stranko predstavilo kot svojega podizvajalca za oglaševalske storitve in dobavo straniščnih modulov, potrebnih za izvajanje koncesije za storitve. Sklicevalo se je zlasti na njen svetovni ugled in tehnično strokovno znanje na teh področjih. Mesto Frankfurt na Majni je izbralo ponudbo podjetja FES.

24. Podjetje FES je po sklenitvi koncesijske pogodbe 20. in 22. julija 2004 tožečo stranko in intervenienta Deutsche Städte Medien GmbH[14] 5. januarja 2005 pozvalo k predložitvi ponudb za oglaševalske storitve,

13 – V tem vrstnem redu: omejene zahteve pri oglaševanju (30 %), umestnost upravljavčevega projekta (javna stranišča) (15 %), verjetnost oglaševalskega projekta (10 %), umestnost projekta na področju varnosti (10 %), preprostost uporabe javnih stranišč (10 %), uporabnost javnih stranišč (10 %), vključenost javnih stranišč v mestno okolje (5 %), estetika javnih stranišč (5 %) in vpliv javnih stranišč na okolje (5 %).

14 – To podjetje je prav Ströer City-Marketing GmbH, njegov glavni konkurent pri pridobitvi koncesije (v nadaljevanju: DSM).

28. julija 2005 pa k predložitvi ponudb za dobavo straniščnih modulov. Ponudbi tožeče stranke sta bili zavrnjeni.

25. Podjetje FES je na podlagi člena 30(IV) koncesijske pogodbe mesto Frankfurt na Majni zaprosilo za privolitev v zamenjavo podizvajalca. To ni predložilo nobenega ugovora in je poleg tega pojasnilo, da bodo standardi, opisani v specifikacijah, kljub tej spremembi upoštevani.

26. Tožeča stranka na nacionalnem sodišču mestu Frankfurt na Majni očita, da je z odobritvijo navedene zamenjave in posledično bistveno spremembo koncesijske pogodbe, sklenjene s podjetjem FES, kršilo obveznost preglednosti.

III – Predlog za sprejetje predhodne odločbe

27. Landgericht Frankfurt am Main je prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba v členih 12 [ES], 43 [ES] in 49 [ES] izraženo načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva, ki velja v pravu Skupnosti, razlagati tako, da iz njiju izhajajoče obveznosti preglednosti, ki jo imajo javni organi, in na podlagi katere se zahteva, da se v okviru oddaje koncesije za storitve z ustrezno stopnjo javnosti ustvari konkurenčni položaj, in ki omogoča nadzor nad tem, ali je bil postopek oddaje opravljen nepristransko[15], zahtevajo od nacionalnega prava, da neuspešnemu ponudniku prizna zahtevek za opustitev grozeče kršitve teh obveznosti in/ali za opustitev nadaljevanja take kršitve obveznosti?

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

3. Ali obveznosti preglednosti iz prvega vprašanja zahtevajo, tudi v primeru

15 – Predložitveno sodišče se sklicuje na sodbe z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress (C-324/98, Recueil, str. I-10745, točke od 60 do 62); z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname (C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točke od 17 do 22); z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen (C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točke od 46 do 50); z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV (C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 21) in z dne 13. septembra 2007 v zadevi Komisija proti Italiji (C-260/04, ZOdl., str. I-7083, točka 24).

nameravane spremembe pogodbe o koncesiji za storitve – vključno z zamenjavo podizvajalca, ki je bil omenjen kot del ponudbe na javni razpis – da se pogajanja glede tega spet odprejo konkurenci z zagotovitvijo ustrezne stopnje javnosti oziroma katera so merila, ki zahtevajo tako odprtje?

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

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

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

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

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

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

28. Pisna in ustna stališča so predložile stranke v postopku v glavni stvari, pa tudi Komisija Evropskih skupnosti, Nadzorni organ Evropskega združenja za prosto trgovino (EFTA) in šest držav članic[16].

IV – Namen vprašanj za predhodno odločanje

29. Študijo tega predloga za sprejetje predhodne odločbe bom začel s preučitvijo tretjega in petega vprašanja za predhodno odločanje, ki se nanašata na obseg obveznosti preglednosti.

30. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem sprašuje Sodišče, ali taka obveznost naročniku nalaga nov razpisni postopek, kadar želi glavni izvajalec, ki mu je bila dodeljena koncesija, za njeno izvajanje uporabiti storitve drugega podizvajalca, kot je ta, na katerega se je skliceval pri oddaji ponudbe. Poleg tega predložitveno sodišče s petim vprašanjem sprašuje, ali se glavni izvajalec, kot je podjetje FES, ki je bilo ustanovljeno kot subjekt z mešanim kapitalom, lahko opredeli tudi kot „naročnik“ v smislu Direktive 92/50, ki mora kot tak upoštevati obveznost preglednosti.

31. Po preučitvi teh prvih dveh vprašanj bom analizo nadaljeval s preučitvijo prvega, drugega in četrtega vprašanja za predhodno odločanje, ki se v bistvu nanašajo na pravila sodnega nadzora nad odločbami, sprejetimi na podlagi koncesij za storitve.

32. Ta zadnja tri vprašanja so upoštevna samo, če bi nacionalno sodišče menilo, da sta mesto Frankfurt na Majni in/ali podjetje FES ogrozili preglednost postopka z zamenjavo podizvajalca med izvajanjem zadevne koncesijske pogodbe.

V – Analiza

33. Preden se lotim preučitve, se mi zdi pomembno opozoriti na glavne smernice sodne prakse v zvezi z obveznostjo preglednosti. Čeprav se ta sodna praksa delno nanaša na javna naročila, je bila izdelana na

16 – Kraljevina Danska, Zvezna republika Nemčija, Kraljevina Nizozemska, Republika Avstrija, Republika Finska ter nazadnje Združeno kraljestvo Velika Britanija in Severna Irska.

podlagi načel Pogodbe in se mi zato zdi upoštevna za uporabo prava Skupnosti za koncesije za storitve.

A – *Glavne smernice sodne prakse v zvezi z obveznostjo preglednosti*

34. Iz ustaljene sodne prakse izhaja, da je obveznost preglednosti konkreten in poseben izraz načela enakega obravnavanja.

35. Sodišče že dolgo meni, da je to načelo eno od temeljnih načel prava Skupnosti,[17] ki jih morajo države članice upoštevati, kadar delujejo na področju uporabe prava Skupnosti. Z navedenim načelom se zahteva, naj se primerljivi položaji ne obravnavajo različno, razen če je razlikovanje objektivno utemeljeno.[18] To načelo spada med temeljne pravice, katerih upoštevanje zagotavlja Sodišče.[19]

36. Države članice morajo pri izvajanju predpisov Skupnosti upoštevati načelo enakega obravnavanja kot splošno načelo prava Skupnosti. Zato morajo te predpise, kolikor je mogoče, uporabljati pod pogoji, s katerimi se ne kršijo zahteve, ki izhajajo iz varstva temeljnih pravic v pravnem redu Skupnosti.[20]

37. Sodišče je imelo priložnost pojasniti obseg načela enakega obravnavanja pri javnih naročilih v sodbah v zadevah Komisija proti Danski in Komisija proti Belgiji[21], katerih sodna praksa je bila nato prenesena na koncesije za storitve.[22]

38. Cilj načela enakega obravnavanja ponudnikov je spodbujati razvoj zdrave in učinkovite konkurence med podjetji kandidati. Upoštevanje tega načela mora omogočati, da

17 – Sodba z dne 19. oktobra 1977 v zadevi Ruckdeschel in drugi (117/76 in 16/77, Recueil, str. 1753, točka 7).

18 – Glej zlasti sodbi z dne 25. novembra 1986 v združenih zadevah Klensch in drugi (201/85 in 202/85, Recueil, str. 3477, točka 9) in z dne 12. decembra 2002 v zadevi Rodríguez Caballero (C-442/00, Recueil, str. I-11915, točka 32 in navedena sodna praksa).

19 – Zgoraj navedena sodba Rodríguez Caballero (točka 32).

20 – Prav tam (točka 30 in navedena sodna praksa).

21 – Glej sodbo z dne 22. junija 1993 v zadevi Komisija proti Danski (C-243/89, Recueil, str. I-3353, točke od 37 do 39) oziroma sodbo z dne 25. aprila 1996 v zadevi Komisija proti Belgiji (C-87/94, Recueil, str. I-2043, zlasti točke od 51 do 56). Glej tudi sodbo z dne 29. aprila 2004 v zadevi Komisija proti CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Recueil, str. I-3801, točka 108 in navedena sodna praksa).

22 – Glej zgoraj navedeno sodbo Parking Brixen (točka 48).

se zagotovi objektivna primerjava ponudb, potrebno pa je na vseh stopnjah postopka. Vsi ponudniki ne glede na državljanstvo morajo imeti enake možnosti pri oblikovanju pogojev svojih ponudb.[23] Z drugimi besedami, pravila igre morajo biti znana vsem mogočim ponudnikom in jih je treba za vse uporabljati enako.

39. Po mnenju sodišča Skupnosti upoštevanje načela enakega obravnavanja ponudnikov vključuje neobstoj diskriminacije na podlagi državljanstva in obveznost preglednosti, s katero je treba javnemu organu, ki podeljuje koncesijo, omogočiti, da se prepriča, ali je to načelo upoštevano.[24]

40. Sodišče je obseg obveznosti preglednosti pojasnilo v zgoraj navedenih sodbah Telaustria in Telefonadress ter Parking Brixen. Po mnenju sodišča Skupnosti je cilj te obveznosti predvsem preprečiti favoriziranje in samovoljo naročnika. Navedena obveznost pomeni, da se vsem mogočim ponudnikom zagotovi ustrezna stopnja javnosti postopka oddaje naročila, kar omogoča odprtje konkurenci in nadzor nad nepristranskostjo postopka. Pomeni tudi, da morajo biti vsi pogoji in pravila postopka oddaje v obvestilu o naročilu ali razpisni dokumentaciji oblikovani jasno, natančno in enopomensko. To mora vsem razumno obveščenim in običajno skrbnim ponudnikom omogočiti, da jih razumejo v pravilnem obsegu in razlagajo enako. Prav tako mora to naročniku omogočiti, da preveri, ali ponudbe ponudnikov dejansko ustrezajo merilom, ki veljajo za zadevno naročilo.[25]

41. Iz preučitve sodne prakse Sodišča izhaja, da obstaja tesna povezava med obveznostjo preglednosti in načelom enakega obravnavanja. Prva naj bi zagotavljala učinek drugega z zagotavljanjem pogojev zdrave konkurence. Ker je načelo enakega obravnavanja kot tako splošno načelo prava Skupnosti, morajo države članice enako upoštevati obveznost preglednosti, ki je konkreten in poseben izraz tega načela.

23 – Zgoraj navedena sodba Komisija proti Belgiji (točke od 54 do 56). Sodišče je v tej zadevi tako priznalo, da navedeno načelo nasprotuje temu, da bi naročnik upošteval spremembo začetnih ponudb enega samega ponudnika, ker bi to temu dalo prednost v primerjavi z njegovimi konkurenti.

24 – Glej zgoraj navedeni sodbi Komisija proti CAS Succhi di Frutta (točka 109 in navedena sodna praksa) in Parking Brixen (točka 49 in navedena sodna praksa).

25 – Zgoraj navedeni sodbi Telaustria in Telefonadress (točki 61 in 62) ter Parking Brixen (točka 111).

B – *Obseg obveznosti preglednosti*

1. Področje uporabe *ratione materiæ* obveznosti preglednosti

42. Predložitveno sodišče s tretjim vprašanjem sprašuje Sodišče, ali obveznost preglednosti naročniku nalaga nov razpisni postopek, kadar glavni izvajalec, ki mu je bila dodeljena koncesija, za njeno izvajanje ne želi več uporabljati storitev podizvajalca, predstavljenega pri oddaji ponudbe.

43. Za odgovor na to vprašanje se mi zdi pomembno preučiti, kako je treba obveznost preglednosti uporabljati ob upoštevanju posebnih značilnosti koncesije za storitve. Koncesija za storitve se namreč glede cilja in načina izvajanja bistveno razlikuje od javnih naročil storitev.

44. Javno naročilo storitev ne glede na stopnjo zapletenosti in izdelanosti na splošno pomeni nakup storitve, ki ga opravi javni subjekt, nanaša pa se na posamezno storitev, ki jo opravi podjetje. Po drugi strani je koncesija za storitve oblika prenosa upravljanja javne storitve, s katero javni subjekt zaupa izvajalcu, ki ne spada v upravo, upravljanje dejavnosti v splošnem interesu in s tem povezano odgovornost do uporabnikov, in sicer za daljše obdobje. Naročnik, naj bo to javna skupnost ali subjekt, za katerega velja javno pravo, preneha upravljati storitev in odgovornost za njeno organizacijo prenese na koncesionarja.[26] Ta opravlja storitev na svoje stroške in prevzame s tem povezana poslovna tveganja, njegovo plačilo pa je zagotovljeno s pobiranjem pristojbine, ki jo plačujejo uporabniki storitve.

45. Pri uporabi prava Skupnosti za ta način pogodbenega upravljanja storitve v splošnem interesu je treba upoštevati različne zahteve.

46. Na stopnji sklenitve pogodbe je treba obveznost preglednosti uskladiti z veliko svobodo, ki jo ima naročnik pri presoji ponudb in določitvi ekonomsko najugodnejše ponudbe. Ekonomsko najugodnejša ponudba je tista, ki ob upoštevanju uporabljenih meril in njihovega ponderiranja zagotavlja najboljši

26 – Sodba z dne 26. aprila 1994 v zadevi Komisija proti Italiji (C-272/91, Recueil, str. I-1409).

ekonomski odgovor v splošnem pomenu izraza na potrebe, ki jih je izrazila javna skupnost. Naročnik mora imeti možnost izbrati ponudnika storitev, za katerega se mu zdi, da glede na njegove reference, kakovost njegove ponudbe, poznavanje sektorja in zaupanje, ki ga vzbuja, ponuja največje jamstvo za dobro izvajanje storitve. Posebnost koncesije za storitve torej dovoljuje izbiro ponudnika na podlagi vrste obširnih pravil, pri čemer je odločilno merilo *intuitu personæ*. Ta svoboda izbire pa kljub temu ne pomeni, da je lahko dodelitev koncesije samovoljna in diskriminacijska. Za preprečevanje korupcije in zagotovitev boljše preglednosti gospodarskega življenja in javnih postopkov je sodišče navedeno svobodo omejilo, pri čemer se je oprlo na načela, ki veljajo za postopke oddaje javnih naročil. Tako svoboda pogajanja in odločanja še vedno obstaja, vendar pa jo je treba uresničevati ob upoštevanju predhodne obveznosti objave in razpisa, ki omogoča pregledno izbiro kandidata in zagotavlja enako obravnavanje ponudnikov.[27]

47. Dalje, na stopnji izvajanja pogodbe je treba obveznost preglednosti uskladiti z interesom javne službe, ki v nekaterih okoliščinah zahteva prilagoditev in spremembo pogodbe.

48. Kot sem navedel, koncesionar prevzame organizacijo storitve in s tem povezana poslovna tveganja. Ob upoštevanju zapletenosti in dolgoročnosti koncesije za storitve mora koncesionar imeti zadosten manevrski prostor, da se prilagodi tržnim razmeram in spremembam, ki bi se lahko pojavile v gospodarskem, tehničnem ali pravnem okolju koncesije. Zaradi nepredvidljivih omejitev in incidentov pri izvajanju dolgoročnih naložb, ki se jim ni mogoče izogniti, morajo biti stranke še zlasti prilagodljive in pripravljene sodelovati. Vzrokov za nova pogajanja o pogodbah je torej veliko. Vendar pa so lahko nekateri vir zlorabe, če povzročijo motnje v sistematiki pogodbe, zaradi česar postaneta preglednost postopka in predhodni razpis za ponudnike neizvedljiva. Treba je torej presoditi, ali predvidena sprememba pomeni preprosto dopolnilo pogodbe, ki temelji na zakonitih razlogih, ali pa ta sprememba nazadnje vodi do sklenitve nove pogodbe, ki mora biti v skladu s temeljnimi načeli prava Skupnosti predmet ustrezne stopnje obveščenosti javnosti in novega razpisnega postopka.

27 – Kot je poudaril Evropski parlament, je upoštevanje teh pravil „lahko učinkovit instrument za odpravo neprimernih omejitev konkurence, ki javnim organom istočasno omogoča, da sami določijo in preverjajo pogoje, ki jih je treba izpolniti z vidika kakovosti, razpoložljivosti, družbenih standardov in varstva okolja“ (Resolucija Evropskega parlamenta o Zeleni knjigi o storitvah splošnega pomena (P5_TA (2004)0018, točka 32).

49. Sodišče je v sodbi v zadevi Komisija proti Franciji[28] razsodilo, da spremembe pogodbe o javnem naročilu med njeno veljavnostjo pomenijo novo oddajo naročila, če „so bistveno drugačne [od pogajanj], ki so že bila opravljena, in zato izkazujejo željo strank po ponovnem pogajanju glede bistvenih pogojev pogodbe“.[29]

50. Sodišče je obseg tega razloga pojasnilo v sodbi v zadevi pressetext Nachrichtenagentur[30] in navedlo štiri primere, v katerih se taka sprememba lahko šteje za bistveno.

51. V prvem primeru so s spremembo v pogodbo uvedeni pogoji, ki bi, če bi bili prisotni v postopku prvotne oddaje, omogočali vstop drugim ponudnikom kot tistim, ki so bili prvotno sprejeti, oziroma bi omogočali izbiro druge ponudbe kot tiste, ki je bila prvotno sprejeta.

52. V drugem primeru je s spremembo naročilo močno razširjeno na storitve, ki v prvotnem naročilu niso bile predvidene.

28 – Sodba z dne 5. oktobra 2000 (C-337/98, Recueil, str. I-8377).

29 – Točki 44 in 46.

30 – Sodba z dne 19. junija 2008 (C-454/06, ZOdl., str. I-4401, točke od 35 do 37 in 40).

53. Tretji primer se nanaša na položaj, v katerem je s spremembo spremenjeno ekonomsko ravnovesje pogodbe v prid ponudniku, ki mu je bilo dodeljeno naročilo, na način, ki ni bil predviden v pogojih prvotnega naročila.

54. Četrti primer se nazadnje nanaša na položaj, v katerem je sopogodbenik, ki mu je naročnik prvotno dodelil naročilo, nadomeščen z novim sopogodbenikom. Ta sprememba pomeni spremembo enega od bistvenih pogojev javnega naročila, razen če, kot meni Sodišče, je bila ta „nadomestitev predvidena v pogojih prvotnega naročila, na primer kot določba o podizvajalcu“.

55. Kot sem navedel, je v členu 30(IV) koncesijske pogodbe o storitvah, sklenjene med mestom Frankfurt na Majni in podjetjem FES, dovoljena zamenjava podizvajalca, če v to privoli naročnik. V tem primeru je bil ta postopek upoštevan.

56. Vprašanje v tej zadevi je torej, ali zamenjava podizvajalca kljub obstoju te določbe in upoštevanju z njo povezanega postopka pomeni spremembo enega od bistvenih

pogojev zadevne koncesije za storitve v smislu sodne prakse Skupnosti.

57. Ta presoja je težavna, ker je mesto Frankfurt na Majni samo privolilo v to spremembo, pri čemer je menilo, da bodo standardi, opisani v specifikacijah, upoštevani. Kljub temu pa ob upoštevanju posebnih okoliščin, v katerih so se te spremembe zgodile, menim, da se mora nacionalno sodišče prepričati, da privolitev te skupnosti v to spremembo ne vodi do obidenja načela enakega obravnavanja ponudnikov in obveznosti preglednosti, ki izhaja iz njega.

58. Za to preučitev se mi zdi pomembno opozoriti na pogoje, pod katerimi lahko koncesionar uporabi podizvajalca.

59. Glede na zapletenost in trajanje koncesijskih pogodb se lahko koncesionar odloči, da bo izvajanje pogodbe, sklenjene z nosilcem projekta, v celoti ali delno prenesel na podizvajalca. Priznano je, da je izbira podizvajalca diskrecijsko dejanje, ki spada med posebne pravice podjetnika. Ta svoboda izbire je logična posledica pravila, v skladu s katerim koncesionar ohrani popolno odgovornost za izvajanje koncesije, medtem ko je podizvajalec povezan samo z njim s pogodbo, za katero velja zasebno pravo, saj je sklenjena med dvema zasebnima subjektoma.

60. Da pa bi bilo podizvajanje zakonito, ga mora sprejeti naročnik, bodisi ob sklenitvi pogodbe bodisi med njenim izvajanjem. Ob tej priložnosti naročnik preveri tehnične in ekonomske zmogljivosti podizvajalca.[31]

61. Če je podizvajalec predstavljen pri oddaji ponudbe, je sprejet s podelitvijo koncesije. Na splošno lahko naročnik zavrne odobritev podjetja kot podizvajalca, kadar je to, na primer, v nezakonitem položaju z davčnega ali socialnega vidika ali kadar nima zadostnih zmogljivosti za zagotavljanje storitev, ki so mu zaupane.

31 – Glej sodbo z dne 18. marca 2004 v zadevi Siemens in ARGE Telekom (C-314/01, Recueil, str. I-2549, točki 45 in 46) v zvezi s postopkom oddaje javnega naročila.

62. Podizvajanje ni omejeno na podizvajanje, ki je bilo napovedano pri oddaji ponudbe. Glavni izvajalec lahko med izvajanjem pogodbe uporabi druge podizvajalce ali zamenja podizvajalce iz zakonitih razlogov, ki se nanašajo na primer na dejansko kakovost njegovih storitev ali njegov finančni položaj. To mu omogoča, da prilagodi svoje storitve ali se v skladu z določbami o podizvajanju loči od podjetja, s katerim ni zadovoljen.

63. Kadar je zamenjava podizvajalca predvidena v določbah pogodbe in kadar naročnik sam privoli vanjo, je načeloma težko trditi, da sama po sebi spreminja bistven pogoj koncesije in je zaradi nje potreben nov razpisni postopek.

64. Naročnik namreč s tem, ko da svoje soglasje, meni, da identiteta podizvajalca ni bistvena glede na predmet koncesije in da bodo storitve, zaupane glavnemu izvajalcu, opravljene v skladu s specifikacijami neodvisno od te zamenjave. Tak položaj lahko nastane, kadar na zadevnem trgu obstajajo številna podjetja, ki ponujajo po naravi in kakovosti enakovredne storitve.

65. Poleg tega, kadar naročnik določi, da se lahko nekateri pogoji dodelitve pogodbe prilagodijo po izbiri koncesionarja, in kadar to možnost prilagoditve in tudi pravila njene izvedbe izrecno predvidi v specifikacijah, so vsa podjetja, ki se zanimajo za sodelovanje pri koncesiji, s tem seznanjena od začetka in so tako pri oblikovanju svojih ponudb v enakovrednem položaju.

66. Kljub temu pa se sprememba koncesijske pogodbe v primeru, kot je ta v postopku v glavni stvari, lahko zdi sporna.

67. Podizvajalec je bil namreč zamenjan brez zakonitega razloga, po sklenitvi pogodbe in pred izvajanjem prvih storitev, medtem ko se je koncesionar pri oddaji ponudbe skliceval na ugled in tehnično strokovno znanje podizvajalca.

68. Po mojem mnenju sta s takim ravnanjem, čeprav ga naročnik dopusti, kršena obveznost

preglednosti in načelo enakega obravnavanja ponudnikov. Naročnik s takim ravnanjem ponudbo podjetja FES, kakor je bila spremenjena, izvzame iz resne in pregledne preučitve različnih kandidatur, kar lahko podjetju prinese neupravičeno prednost za pridobitev pogodbe.

69. Prvič, ni izključeno, da bi mesto Frankfurt na Majni raje izbralo drugo ponudbo kot ponudbo, ki jo je prvotno predložilo podjetje FES, če se to v zvezi z oddajo oglaševalskih storitev v podizvajanje ne bi sklicevalo na številne odlike tožeče stranke kot „zmogljivega in izkušenega partnerja“, „izkušenega specialista na oglaševalskem področju, ki je dejaven po vsem svetu“ in katerega „proizvodi so sodobni in estetski“.[32]

70. Iz predložitvenega sklepa jasno izhaja, da je podjetje FES zadevno koncesijsko pogodbo dobilo na podlagi predstavitve tožeče stranke kot podizvajalca. Podjetje FES je bilo namreč izbrano ob upoštevanju njegovih predstavitev na oglaševalskem področju, ker je na podlagi tega merila za dodelitev dobilo 27,3 točke, medtem ko je njegov glavni konkurent, ki je intervenient v tej zadevi, dobil 20,1 točke. Pri drugih merilih je mesto Frankfurt na Majni intervenientu dodelilo enako število točk, če ne celo več. Iz dokumentov, ki so mi na voljo, torej izhaja, da je bila navzočnost tožeče stranke v skupni ponudbi podjetja FES odločilna pri dodelitvi koncesije.

71. Drugič, zaradi ravnanja podjetja FES, ki je po pridobitvi koncesijske pogodbe nadaljevalo pogajanja v zvezi s podizvajanjem za oglaševalske storitve in dobavo straniščnih modulov[33] ter nazadnje brez zakonitega razloga izločilo tožečo stranko[34], se njegova prvotna ponudba, kot jo je sprejelo mesto Frankfurt na Majni, zdi kot navidezna ponudba, katere cilj je bil samo izriniti resne konkurente, da bi podjetje pridobilo koncesijo, toda z nemudoma izraženo željo, da se ta nato izvaja pod drugačnimi ekonomskimi in tehničnimi pogoji, kot so bili navedeni v ponudbi in ki so bili edini podvrženi konkurenci.

72. Zato glede na vse te elemente, kot izhajajo iz predložitvenega sklepa, menim, da bi

32 – Predložitveni sklep, str. 5 in 6.

33 – Medtem ko je bila koncesijska pogodba z mestom Frankfurt na Majni sklenjena 20. in 22. julija 2004, je podjetje FES tožečo stranko in intervenienta pozvalo, naj predložita ponudbe za oglaševalske storitve in dobavo straniščnih modulov 5. januarja oziroma 28. julija 2005. Na tej stopnji je bila tožeča stranka izločena kot podizvajalec.

34 – V obravnavanem primeru v spisu ni nobenega elementa, na podlagi katerega bi bilo mogoče meniti, da se je podjetje FES lahko sklicevalo na zakonit razlog za to, da ne uporabi storitev podizvajalca, ki ga je predstavilo pri oddaji ponudbe. Kot poudarja predložitveno sodišče, ta zamenjava ni razumljiva, ker je tožeča stranka podjetju FES predlagala veliko višje letno plačilo kot intervenient.

moral biti pred to zamenjavo podizvajalca, ki se je zgodila že pred izvajanjem prvih storitev in ne da bi bila utemeljena s kakršno koli tehnično ali finančno težavo, obvezno izveden nov razpisni postopek. Mesto Frankfurt na Majni je s tem, ko je dovolilo tako spremembo podizvajalca, ne da bi bile izpolnjene zahteve po obveščenosti javnosti in razpisu iz prava Skupnosti, po mojem mnenju kršilo obveznost preglednosti.

73. Čeprav so javna sredstva pri koncesijah dejansko vključena v manjšem obsegu kot pri javnih naročilih, vseeno ostaja dejstvo, da je treba s postopkom oddaje koncesije za storitve javnim skupnostim in uporabnikom zagotoviti najboljšo kakovost storitve, in sicer na podlagi resne in pregledne presoje različnih kandidatur ob upoštevanju načela enakega obravnavanja ponudnikov.

74. Če bi predložitveno sodišče glede na vse elemente v spisu potrdilo to analizo dejanskega stanja, se mi zdi, da bi moralo izpeljati vse posledice, ki izhajajo iz take kršitve.

75. Zato Sodišču predlagam, naj predložitvenemu sodišču odgovori, da kadar je v postopku oddaje koncesije za storitve identiteta podizvajalca bistveni element, na katerega se je naročnik oprl pri dodelitvi koncesije, morajo države članice na podlagi obveznosti preglednosti organizirati nov razpisni postopek, če želi koncesionar zamenjati podizvajalca že pred izvajanjem prvih storitev in ne da bi navedel zakonite razloge. Naloga pristojnega nacionalnega sodišča je presoditi, ali so bili ime, ugled in tehnično strokovno znanje podizvajalca, ki ga je podjetje FES predstavilo pri oddaji ponudbe, bistveni element, na katerega se je mesto Frankfurt na Majni oprlo pri dodelitvi koncesije temu podjetju.

2. Področje uporabe *ratione personæ* obveznosti preglednosti

76. Predložitveno sodišče s petim vprašanjem sprašuje, ali je treba podjetje, kot je FES, glede na njegove značilnosti, navedene v predložitvenem sklepu, šteti za „naročnika“ v smislu člena 1(b) Direktive 92/50 ali za „javno podjetje“ v smislu člena 2 Direktive 80/723, ki bi kot tako pri oddaji koncesije za storitve moralo upoštevati obveznost preglednosti.

77. Predložitveno sodišče se sklicuje na zgoraj navedeni direktivi, ker kar zadeva koncesije za storitve, subjekti, za katere velja obveznost preglednosti, niso natančno opredeljeni v nobenem besedilu sekundarnega prava.

78. Po mojem mnenju neobstoj takih predpisov ni škodljiv, ker se lahko načela, ki so bila v zvezi s tem razvita za javna naročila, po mojem mnenju prenesejo na koncesije za storitve.

79. Zdi se mi namreč pomembno, da se uporablja enotna opredelitev pojma naročnik, saj naj bi ta pojem zajemal vse javne subjekte, ki lahko opravljanje gospodarskih dejavnosti zaupajo tretji osebi, in to ne glede na vrsto sklenjene pogodbe, naj bo to na področju javnih naročil ali koncesij za javne storitve. V zvezi s tem je zanimivo opozoriti, da področje uporabe Direktive 92/50 ni določeno glede na naravo zadevnega posla, ampak je določeno glede na pravno osebo predlagatelja, saj morajo biti vsa naročila, ki jih odda naročnik, dodeljena v skladu z načeli, določenimi s to direktivo.

80. Nasprotno se mi zdi sklicevanje na pojem „javno podjetje“ iz člena 2 Direktive 80/723, ki se, naj spomnim, nanaša na preglednost finančnih odnosov med državami članicami in javnimi podjetji, veliko manj upoštevno. Ob upoštevanju elementov, ki jih bom navedel pri preučitvi pojma subjekt, za katerega velja javno pravo, bo nacionalno sodišče vseeno lahko presodilo, če bo po njegovem mnenju to potrebno, ali je mogoče podjetje, kot je FES, opredeliti kot „javno podjetje“.[35]

a) Pojem „subjekt, za katerega velja javno pravo“ v smislu Direktive 92/50

81. Preden opozorim na različne pogoje iz Direktive 92/50, da se subjekt lahko opredeli kot „naročnik“, je najprej treba navesti, da je FES podjetje z mešanim kapitalom, ustanovljeno na podlagi javno-zasebnega partnerstva.[36] Mesto Frankfurt na Majni ima 51-odstotni delež v tem podjetju.

35 – Pogoji iz člena 2 Direktive 80/723, da se subjekt lahko opredeli kot „javno podjetje“, se ujemajo s pogoji iz člena 1 Direktive 92/50, da se subjekt lahko opredeli kot „naročnik“.

36 – V zvezi s tem glej spletno stran podjetja: www.fes-frankfurt.de/profil (rubriki „Profil“ in „Chronik“).

82. V tej zadevi ima Sodišče torej priložnost, da pojasni, ali je tak subjekt lahko „subjekt, za katerega velja javno pravo“ v smislu Direktive 92/50, ki mora kot tak upoštevati temeljna načela Pogodbe.

83. Preden se lotim te preučitve, je treba pojasniti, kaj zajema pojem javno-zasebnega partnerstva.

84. To partnerstvo je mehanizem, s katerim se večinski javni kapital običajno povezuje z manjšinskim zasebnim kapitalom v pravno strukturo, za katero načeloma veljajo običajna pravila gospodarskega prava. Javni in zasebni partnerji tako oblikujejo subjekt z mešanim kapitalom, ki je lahko v obliki družbe z mešanim kapitalom, ki lahko izvaja javna naročila ali v okviru koncesije prevzame lokalno javno storitev. Kot je navedla Komisija v nedavnem sporočilu[37], je posebnost takšnega, največkrat dolgoročnega sodelovanja vloga zasebnega partnerja, ki sodeluje v različnih fazah zadevnega projekta (načrtovanje, izvedba in obratovanje), prevzame tveganja, ki jih običajno nosi javni sektor, in pogosto prispeva k financiranju projekta.[38]

85. Kljub temu ta subjekt z mešanim kapitalom ne pomeni strukture „notranjega“ upravljanja storitve javne skupnosti v smislu sodne prakse Sodišča. Tako mora naročnik pri dodelitvi javnega naročila ali koncesije tovrstnemu subjektu upoštevati vsa pravila, ki veljajo za javna naročila in koncesije ter izhajajo iz Pogodbe ali sekundarnega prava.[39]

86. Zdaj je treba preučiti različne pogoje iz člena 1(b) Direktive 92/50, da se subjekt lahko opredeli kot „subjekt, za katerega velja javno pravo“.

87. V skladu s členom 1(b), drugi pododstavek, Direktive 92/50 je subjekt, za katerega velja javno pravo, subjekt, ki je pravna oseba, ki je bila ustanovljena za poseben namen zadovoljevanja potreb v splošno korist, ki niso industrijske ali komercialne narave, in katere dejavnosti, financiranje ali vodstveni organi so zelo odvisni od države, regionalne

37 – Razlagalno sporočilo Komisije o uporabi zakonodaje Skupnosti v zvezi z javnimi naročili in koncesijami za institucionalizirana javno-zasebna partnerstva z dne 5. februarja 2008 (C(2007) 6661).

38 – Stran 2.

39 – Sodišče je v sodbi z dne 11. januarja 2005 v zadevi Stadt Halle in RPL Lochau (C-26/03, ZOdl., str. I-1) v zvezi z oddajo javnega naročila storitev družbi z mešanim kapitalom menilo, da manjšinska udeležba zasebnega podjetja v kapitalu družbe, v kateri je udeležen tudi zadevni naročnik, izključuje možnost, da bi ta naročnik lahko nad to družbo izvrševal podoben nadzor, kot ga izvaja nad svojimi službami (točka 49). Glej tudi zgoraj navedeno sodbo ANAV (točke od 30 do 32 in navedena sodna praksa).

ali lokalne oblasti ali drugega subjekta, za katerega velja javno pravo.

88. V skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča so ti trije pogoji kumulativni, zato že samo ob neizpolnitvi enega od njih subjekta ni mogoče opredeliti kot „subjekt, za katerega velja javno pravo“ in posledično tudi ne kot „naročnika“ v smislu Direktive 92/50.[40]

89. Poleg tega Sodišče meni, da je treba glede na cilj direktiv s področja oddaje javnih naročil pojem subjekt, za katerega velja javno pravo, razlagati namensko.[41]

b) Preučitev sestavnih elementov subjekta, za katerega velja javno pravo

90. V obravnavanem primeru pravna oseba podjetja FES ni sporna. Dvomi zadevajo drugi dve zahtevi, določeni z Direktivo 92/50.

i) Poseben namen podjetja FES za zadovoljevanje potreb v splošno korist, ki niso industrijske ali komercialne narave

91. Nesporno je, najprej, da je bilo podjetje FES dejansko ustanovljeno za poseben namen zadovoljevanja potreb v splošno korist[42], ker je že od svojega nastanka pristojno za upravljanje in odstranjevanje odpadkov ter čiščenje mesta na območju mesta Frankfurt na Majni.[43] Te dejavnosti so nesporno v splošno korist. Kot je Sodišče že razsodilo v sodbi v zadevi BFI Holding[44], so te potrebe del potreb, ki jih zasebna podjetja ne morejo v celoti zadovoljiti, ker iz razlogov javnega zdravja ali varstva okolja veljajo za nujne, to pa je razlog, iz katerega želi država v zvezi z njimi ohraniti odločilen vpliv.[45]

92. Zdaj je treba preveriti, ali so take potrebe v splošno korist druge narave kot

40 – Glej sodbo z dne 11. junija 2009 v zadevi Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, ZOdl., str. I-4779, točka 48 in navedena sodna praksa).

41 – Sodba z dne 10. aprila 2008 v zadevi Ing. Aigner (C-393/06, ZOdl., str. I-2339, točka 37 in navedena sodna praksa).

42 – V skladu z ustaljeno sodno prakso morajo biti to potrebe, pri katerih se države ali lokalne skupnosti zaradi splošnega interesa načeloma odločijo, da jih bodo zadovoljevale same ali da bodo v zvezi z njimi obdržale odločilen vpliv (zgoraj navedena sodba Ing. Aigner, točka 40 in navedena sodna praksa). Sodišče je tako priznalo, da to velja v primeru izdelave uradnih tiskovin, kot so potni listi, vozniška dovoljenja ali osebne izkaznice (sodba z dne 15. januarja 1998 v zadevi Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi, C-44/96, Recueil, str. I-73), vzdrževanja nacionalnih gozdov (sodba z dne 17. decembra 1998 v zadevi Komisija proti Irski, C-353/96, Recueil, str. I-8565), vodenja univerze (sodba z dne 3. oktobra 2000 v zadevi University of Cambridge, C-380/98, Recueil, str. I-8035) ali upravljanja javnega telekomunikacijskega omrežja (zgoraj navedena sodba Telaustria in Telefonadress).

43 – Sodišče je v sodbi z dne 12. decembra 2002 v zadevi Universale-Bau in drugi (C-470/99, Recueil, str. I-11617) priznalo, da ni nujno, da je bil subjekt že od začetka pristojen za to nalogo.

44 – Sodba z dne 10. novembra 1998 (C-360/96, Recueil, str. I-6821).

45 – Točke od 51 do 53.

industrijske ali komercialne. To vprašanje je še težavnejše.

93. O vprašanju, kako je treba presojati obstoj takih potreb, obstaja obsežna sodna praksa.[46] Po mnenju Sodišča je treba upoštevati vse pravne in dejanske elemente, ki bi se lahko izkazali za upoštevne, kot so okoliščine, v katerih je bil zadevni subjekt ustanovljen, ali razmere, v katerih opravlja svojo dejavnost. V zvezi s tem Sodišče pojasnjuje, da je treba preveriti, ali ta subjekt opravlja dejavnosti v običajnih tržnih razmerah.[47] V ta namen Sodišče preuči stanje konkurence na trgu proizvodov in storitev, za katere je bil navedeni subjekt ustanovljen. Čeprav je obstoj konkurence lahko znak, da je potreba v splošno korist industrijske ali komercialne narave, ta znak ne zadostuje.[48] Preučiti je treba še, ali ima subjekt pridobitni cilj, ali nosi izgube, povezane z izvajanjem njegove dejavnosti, in ali prejema javna sredstva za izvajanje zadevne dejavnosti.[49]

46 – Sklicujem se zlasti na sodbe z dne 10. maja 2001 v združenih zadevah Agorà in Excelsior (C-223/99 in C-260/99, Recueil, str. I-3605); z dne 27. februarja 2003 v zadevi Adolf Truley (C-373/00, Recueil, str. I-1931) in z dne 22. maja 2003 v zadevi Korhonen in drugi (C-18/01, Recueil, str. I-5321) ter na zgoraj navedene sodbe BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi ter Ing. Aigner.

47 – Zgoraj navedena sodba Ing. Aigner (točka 41 in navedena sodna praksa).

48 – Sodišče je v zgoraj navedeni sodbi Adolf Truley menilo, da obstoj razvite konkurence sam po sebi ne omogoča sklepanja, da ne obstaja potreba v splošno korist, ki bi bila druge narave kot industrijske ali komercialne (točka 61).

49 – Zgoraj navedena sodba Korhonen in drugi (točke od 55 do 59).

94. V spisu ni dovolj podatkov, da bi lahko pravilno presodili vse te okoliščine. Preučiti jih bo moralo predložitveno sodišče, ki je edino podrobno seznanjeno z zadevo. Vseeno pa naj navedem nekaj koristnih elementov.

95. Kar zadeva okoliščine, zaradi katerih je bil ta subjekt ustanovljen, se mi zdi pomembno upoštevati posebnosti trga zbiranja in predelave odpadkov, ki je ena od dejavnosti, za katere je bilo podjetje FES ustanovljeno.

96. Trg zbiranja in predelave odpadkov je doživel velik razmah, zlasti z zaostritvijo pravnega okvira za upravljanje, predelavo odpadkov in preprečevanje škode za okolje. Neposredni posledici te zaostritve sta bili, da so se povišali stroški zbiranja in predelave odpadkov, dejavnost pa je postala kompleksnejša in bolj tehnična. Zaradi teh zahtev se je velika večina lokalnih skupnosti odločila, da bo to dejavnost prenesla na specializirana podjetja, ki so lahko v celoti izkoristila razvoj tega trga.

97. Na podlagi teh elementov menim, da ta subjekt ni bil ustanovljen z namenom ustvarjanja dobička. Čeprav navedena dejavnost dejansko ustvarja velike dobičke, je vseeno dejstvo, da ustvarjanje dobička ni bilo glavni cilj ustanovitve podjetja FES. Navedeni elementi veljajo *a fortiori* za dejavnosti čiščenja mesta, ki so v nasprotju z dejavnostmi zbiranja in predelave odpadkov manj dobičkonosne.

98. Kar zadeva pogoje, pod katerimi podjetje FES opravlja svojo dejavnost, in zlasti stanje konkurence v sektorjih zbiranja in predelave odpadkov ter čiščenja mesta, bi moralo predložitveno sodišče preučiti, ali podjetje FES deluje na konkurenčnem trgu, na katerem obstajajo pravi konkurenti, ali pa je nasprotno zaradi, na primer, svojega statusa „podjetja z zgodovino“ [50] ali obstoja ovir za vstop na trg v kvazimonopolnem položaju. Neobstoj prave konkurence ni nujen pogoj za opredelitev podjetja FES kot subjekta, za katerega velja javno pravo, vendar pa bi lahko bil znak v podporo dejstvu, da podjetje FES sodeluje pri zadovoljevanju potrebe v splošno korist, ki ni industrijske ali komercialne narave.

99. Poleg tega dejstvo, da podjetje FES poleg svoje naloge v splošnem interesu opravlja druge pridobitne dejavnosti, ni upoštevno za rešitev spora o glavni stvari. Sodišče namreč meni, da lastnost subjekta, za katerega velja javno pravo, ni odvisna od tega, kolikšen del dejavnosti zadevnega subjekta pomeni zadovoljevanje potreb v splošno korist, ki niso industrijske ali komercialne narave. Če podjetje še naprej zadovoljuje te potrebe, je po mnenju Sodišča dejstvo, da podjetje opravlja druge pridobitne dejavnosti, neupoštevno, in sicer ne glede na delež teh dejavnosti v skupnem prometu podjetja. [51]

100. Poleg tega, čeprav se podjetje FES s pravnega vidika ne razlikuje dosti od delniške družbe v lasti zasebnih subjektov, ker nosi gospodarska tveganja, povezana z njegovo dejavnostjo, in lahko tudi razglasi stečaj, iz predložitvenega sklepa izhaja, da mesto Frankfurt na Majni ne bi dovolilo, da se to zgodi. Naj tudi navedem, da ta skupnost od svojih občanov pobira komunalni davek za financiranje plačil podjetju FES za odstranjevanje odpadkov in čiščenje ulic.

50 – Naj pojasnim, da podjetje FES glede na podatke z njegove spletne strani izhaja iz urada za upravljanje odpadkov in mestno čiščenje.

51 – Zgoraj navedene sodbe Mannesmann Anlagenbau Austria in drugi (točke 25, 26 in 31), BFI Holding (točki 55 in 56) in Ing. Aigner (točka 47 in navedena sodna praksa).

101. Glede na te elemente se nagibam k mnenju, da je bilo podjetje FES ustanovljeno za poseben namen zadovoljevanja potreb v splošno korist, ki niso industrijske ali komercialne narave.

102. Vseeno pa je za določitev natančne narave potreb, ki jih je prevzelo to podjetje, naloga predložitvenega sodišča, ki ima edino upoštevne elemente, da presodi pogoje, pod katerimi podjetje FES opravlja svojo dejavnost, in zlasti stanje konkurence v sektorjih, za katere je bilo to podjetje ustanovljeno.

ii) Pogoj v zvezi z veliko odvisnostjo subjekta od države, lokalne ali regionalne oblasti ali drugih subjektov, za katere velja javno pravo

103. Naj opozorim, da se v skladu s členom 1(b), drugi pododstavek, tretja alinea, Direktive 92/50 ta pogoj nanaša na ta tri alternativna merila:

– ali dejavnost večidel financira država, regionalne ali lokalne oblasti ali drugi subjekti, za katere velja javno pravo;

– ali je vodenje pod nadzorom teh organov;

– ali je upravni, vodstveni ali nadzorni svet sestavljen iz članov, več kot polovico katerih imenujejo država, regionalne ali lokalne oblasti ali drugi subjekti, za katere velja javno pravo.

104. Nesporno je, da ima mesto Frankfurt na Majni 51-odstotni delež v kapitalu podjetja FES, to je večino. Čeprav je na podlagi tega deleža dejansko mogoče predpostavljati prevladujoč vpliv javne skupnosti na podjetje, pa ni očitno, da se ta vpliv izraža v sistemu delovanja in vodenja podjetja.

105. Najprej bom preučil sistem vodenja tega podjetja, ker ima mesto Frankfurt na Majni pravico veta na generalni skupščini, ki lahko glede na načine uresničevanja skupnosti omogoča dejanski nadzor nad vodenjem podjetja.

– Merilo v zvezi z nadzorom nad vodenjem zadevnega subjekta

106. V skladu z ustaljeno sodno prakso se to merilo nanaša na primer, v katerem je subjekt v položaju, ko je odvisen od javnih oblasti, ki je enakovreden položaju, ki obstaja, ko je izpolnjeno eno od drugih dveh alternativnih meril. Ta odvisnost mora javnim oblastem omogočiti vplivanje na odločitve tega subjekta na področju javnih naročil[52] ali, po analogiji, na področju koncesij.

107. V zgoraj navedeni sodbi Adolf Truley so podani primeri, v katerih je Sodišče menilo, da je to merilo izpolnjeno. V tej zadevi je bil urad za nadzor javne skupnosti pooblaščen za preverjanje ne samo letne bilance zadevnega organa, ampak tudi tekočega poslovanja z vidika pravilnosti številk, zakonitosti, varčnosti, gospodarnosti in smotrnosti. Ta urad je poleg tega smel obiskati prostore obratovanja in objekte tega organa, o rezultatih teh nadzorov pa poročati pristojnim organom in delničarjem družbe ter skupnosti. Po mnenju Sodišča so take posebne pravice torej omogočale dejaven nadzor javne skupnosti nad vodenjem navedenega organa.

52 – Glej zgoraj navedeno sodbo Adolf Truley (točka 69 in navedena sodna praksa).

108. V tej zadevi mora predložitveno sodišče upoštevati vse dejanske ali pravne okoliščine, ki bi mestu Frankfurt na Majni lahko omogočale izvajanje odločilnega vpliva na dejavnost podjetja FES. Po mojem mnenju bi moralo v obravnavanem primeru preučiti, kako ta skupnost na generalni skupščini tega podjetja uresničuje pravico veta, povezano z njenim večinskim deležem. V zvezi s tem mora predložitveno sodišče preučiti pomen te pravice, pri čemer mora upoštevati, pri katerih odločitvah se lahko uporabi, in preučiti morebitne omejitve za njeno uporabo.

109. Čeprav namreč skupnost ne more nalagati odločitev,[53] pa vseeno ostaja dejstvo, da lahko izvaja izključni nadzor nad podjetjem FES, če lahko nasprotuje strateškim odločitvam podjetja v zvezi z njegovo trgovinsko politiko, imenovanjem članov uprave, proračunom ali poslovnim načrtom. Če bo predložitveno sodišče dokazalo, da lahko mesto Frankfurt na Majni na podlagi svoje pravice veta nasprotuje bistvenim odločitvam za trgovinsko strategijo podjetja FES in blokira postopek odločanja tega podjetja, ima mesto Frankfurt na Majni torej odločilni vpliv na vodenje podjetja FES in s tem dejanski nadzor.

53 – Naj navedem, da lahko generalna skupščina podjetja FES odločitve sprejema samo s tričetrtinsko večino. Če ima mesto Frankfurt na Majni 51-odstotni delež v kapitalu tega podjetja, ta delež torej ne zadostuje, da bi lahko samo sprejemalo odločitve na tej skupščini.

110. V teh okoliščinah mora predložitveno sodišče, da bi ugotovilo natančen obseg nadzora, ki ga nad vodenjem podjetja FES izvaja mesto Frankfurt na Majni, presoditi, ali lahko javna skupnost odločilno vpliva na vodenje podjetja prek pravice veta, ki ji je priznana kot večinskemu delničarju.

111. Če bi predložitveno sodišče menilo, da ta pravica veta mestu Frankfurt na Majni ne omogoča nadzora nad vodenjem tega podjetja, bo moralo preučiti drugi dve merili.

– Merilo v zvezi z večinskim financiranjem s strani ozemeljske skupnosti

112. Sodišče je pomen tega pogoja pojasnilo v zgoraj navedeni sodbi University of Cambridge. Po njegovem mnenju se lahko samo dajatve, ki kot finančna pomoč, izplačana brez posebne protidajatve, financirajo ali podpirajo dejavnosti zadevnega subjekta, opredelijo kot „javno financiranje“. Nasprotno zneski, ki jih izplača naročnik v zameno za pogodbene storitve, ne spadajo v to kategorijo.[54]

113. Sodišče je tudi navedlo, da je treba izraz „večidel“ razlagati tako, da pomeni „več kot polovico“, in da je treba pri presoji tega deleža javnega financiranja upoštevati vse dohodke zadevnega subjekta, vključno z dohodki od komercialne dejavnosti, ter da je treba izračun opraviti na letni ravni.

114. V obravnavanem primeru iz predložitvenega sklepa izhaja, da več kot polovica letnega prometa podjetja FES izhaja iz dvostranskih pogodb, sklenjenih z mestom Frankfurt na Majni za zbiranje in predelavo odpadkov ter čiščenje mesta. Zneski, ki jih izplačuje ta skupnost, so torej nadomestilo za pogodbene storitve, ki jih ponuja podjetje FES, navedena skupnost pa ima seveda gospodarski interes za njihovo izpolnjevanje. Čeprav lahko tako pogodbeno razmerje dejansko povzroči odvisnost podjetja FES od skupnosti, je ta odvisnost po mnenju Sodišča druge narave kot odvisnost, ki izhaja iz

54 – Točki 21 in 24. V tej zadevi je javno financiranje ustrezalo štipendijam za študente in subvencijam za spodbujanje raziskovalnega dela univerze, ne pa plačilom, ki jih je država opravila v zameno za storitve univerze.

preproste subvencije, in jo je treba izenačiti z odvisnostjo, ki obstaja v običajnih poslovnih odnosih.[55]

115. Glede na te elemente se mi zdi, da plačila mesta Frankfurt na Majni podjetju FES torej ne pomenijo javnega financiranja v smislu zgoraj navedene sodne prakse.

– Merilo v zvezi s sestavo upravnega, vodstvenega ali nadzornega organa

116. V predložitvenem sklepu nista pojasnjena sestava in način imenovanja članov upravnega odbora in uprave podjetja FES. Predložitveno sodišče navaja samo, da mesto Frankfurt na Majni imenuje četrtino članov nadzornega sveta in njegovega predsednika, ki ima v primeru enakega števila glasov odločilni glas.[56] To torej ne zadostuje za izpolnitev tega merila.

117. Glede na vse te elemente menim, da subjekt z mešanim kapitalom, kot je podjetje FES, ustanovljeno na podlagi partnerstva z mestom Frankfurt na Majni, pomeni „subjekt, za katerega velja javno pravo“ v smislu člena 1(b), drugi pododstavek, Direktive 92/50, ko je dokazano, po eni strani, da ta subjekt zadovoljuje potrebe v splošno korist, ki niso industrijske ali komercialne narave, in, po drugi strani, da sta njegovo vodenje in vodstvo zelo odvisna od javne skupnosti.

118. Navedeni subjekt izpolnjuje potrebe v splošno korist v smislu člena 1(b), drugi pododstavek, prva alinea, Direktive 92/50, ker zagotavlja zbiranje in predelavo odpadkov

55 – Zgoraj navedena sodba University of Cambridge (točka 25).

56 – Naloga tega sveta je, kot kaže njegovo ime, nadzorovati in spremljati vodenje družbe. Zelo pogosto lahko nadzorni svet izvede nadzor smotrnosti in zakonitosti, pri čemer izvede zlasti preverjanja, ki so po njegovem mnenju potrebna, ali generalni skupščini predloži svoja stališča do zaključnih računov družbe. Lahko ima tudi posebna pooblastila, na podlagi katerih lahko, na primer, imenuje člane in predsednika upravnega odbora ali pa odobri prodajo deležev. Predsednik nadzornega sveta na splošno prevzame dve funkciji, in sicer sklic nadzornega sveta in nadzor nad razpravami. Vloga in funkcije nadzornega sveta so določene z zakonom in kodificirane v statutu družbe, ki mi ni na voljo (glej Cozian, M., Viandier, A., in Deboissy, F., *Droit des sociétés*, 17. izdaja, Litec, Pariz, 2004, str. 286 in 287).

ter čiščenje mesta na ozemlju javne skupnosti. Predložitveno sodišče mora za oceno, ali so te potrebe industrijske ali komercialne narave, presoditi pogoje, pod katerimi podjetje FES opravlja svojo dejavnost, in zlasti stanje konkurence v teh sektorjih.

119. Tak subjekt je zelo odvisen od javne skupnosti v smislu člena 1(b), drugi pododstavek, tretja alinea, Direktive 92/50, kadar ima ta skupnost nadzor nad njegovim vodenjem in njegovim vodstvenim, upravnim ali nadzornim organom. Za določitev natančnega obsega nadzora, ki ga nad podjetjem FES izvaja mesto Frankfurt na Majni, bo moralo pristojno nacionalno sodišče presoditi, ali lahko javna skupnost prek pravice veta, ki jo ima na generalni skupščini, ali prek sestave navedenih organov podjetja dejavno nadzoruje vodenje tega subjekta in tako vpliva na njegove odločitve pri oddaji koncesij za storitve.

C – Pooblastilo nacionalnega sodišča za izdajo odredbe v primeru kršitve obveznosti preglednosti

120. Landgericht Frankfurt am Main s prvim in četrtim vprašanjem sprašuje Sodišče o pravilih sodnega nadzora nad odločbami, ki so bile sprejete v okviru koncesij za storitve. Predložitveno sodišče se zlasti sprašuje, ali morajo države članice v okoliščinah, kot so te v postopku v glavni stvari, na podlagi prava Skupnosti svojemu nacionalnemu sodišču priznati pooblastilo za izdajo odredbe za stranke, ki so sklenile koncesijsko pogodbo v nasprotju z obveznostjo preglednosti.

121. V tej zadevi tožeča stranka ne izpodbija odločbe, s katero je mesto Frankfurt na Majni koncesijo za storitve dodelilo podjetju FES. Izpodbija pa odločbo, s katero je uprava na podlagi člena 30(IV) koncesijske pogodbe odobrila zamenjavo podizvajalca med izvajanjem te pogodbe. Po mnenju tožeče stranke naj bi mesto Frankfurt na Majni s takim ravnanjem kršilo obveznost preglednosti, ker je bistveno spremenilo navedeno pogodbo, ne da bi izpolnilo zahteve po obveščenosti javnosti in razpisu, ki izhajajo iz prava Skupnosti.

122. Ta spor se torej ne nanaša na sklenitev koncesijske pogodbe, ampak se nanaša na njeno izvajanje. Tožeča stranka s svojo tožbo predlaga nacionalnemu sodišču, naj prepreči novo kršitev obveznosti preglednosti, tako da upravi naloži, naj ne dovoli

zamenjave podizvajalca v zvezi z dobavo in vzdrževanjem javnih stranišč, ki bodo morala biti nameščena na železniških postajah Kornmarkt, Galluswarte in Rödelheim. Enako mu predlaga, naj podjetju FES naloži, naj ne sklene nove pogodbe o podizvajanju, ki se nanaša na zgoraj navedene storitve. Da bi se uredili pogoji izvajanja koncesije za storitve, tožeča stranka nacionalnemu sodišču tudi predlaga, naj upravi in po potrebi podjetju FES naloži odpoved pogodb, sklenjenih v nasprotju z obveznostjo preglednosti.

123. Za odgovor na vprašanja, ki jih je postavilo predložitveno sodišče, je treba opozoriti na pogoje, pod katerimi je nacionalno sodišče dolžno zagotavljati varstvo pravic, ki za posameznike izhajajo iz prava Skupnosti.

1. Uvodne opombe

124. S pravom Skupnosti se v sedanjem stanju razvoja ne ureja, kako morajo države članice zagotavljati izvrševanje sodnih odločb in kaznovati kršitve obveznosti preglednosti, ki so bile storjene pri izvajanju koncesije za storitve. Da bi presodili, koliko so države članice torej dolžne svojim nacionalnim sodiščem priznati pooblastilo za izdajo odredbe, se je treba sklicevati na načela, s katerimi se ureja pravni red Skupnosti, zlasti na načelo primarnosti prava Skupnosti in načelo procesne avtonomije držav članic.

125. V skladu z načelom primarnosti prava Skupnosti morajo države članice učinkovito kaznovati kršitve obveznosti preglednosti, storjene v postopku oddaje koncesije za storitve.

126. Naj namreč opozorim, da je obveznost preglednosti konkreten in poseben izraz splošnega pravnega načela, ki ga morajo države članice upoštevati, ko delujejo na področju uporabe prava Skupnosti. Taka obveznost pri posameznikih ustvarja pravice, ki morajo biti predmet učinkovitega sodnega varstva, ki ga zagotavlja nacionalno sodišče. To mora torej biti sposobno zagotavljati celovito izvrševanje svojih sodnih odločb ter mora imeti možnost sprejeti učinkovite, sorazmerne in odvračilne kazni, da se zagotovi polna učinkovitost prava Skupnosti.

127. To je moje izhodišče.

128. Nasprotno, če ne obstajajo predpisi Skupnosti, menim, da je v skladu z načelom procesne avtonomije držav članic, da se jim prepusti skrb za določitev pooblastil, ki jih mora nacionalno sodišče imeti za zagotovitev izvrševanja svojih sodnih odločb in kaznovanje kršitev obveznosti preglednosti pri oddaji koncesijske pogodbe. Tako sklicevanje na nacionalna postopkovna pravila držav članic, ki bi seveda morale upoštevati načeli enakovrednosti in učinkovitosti, se mi zdi bolj v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča, ki priznava procesno avtonomijo držav članic.

129. Iz te sodne prakse izhaja, da je treba, kadar predpisov Skupnosti ni, v notranjem pravnem redu vsake države članice določiti pristojna sodišča in postopkovna pravila za pravna sredstva, ki zagotavljajo varovanje pravic, ki jih posameznikom daje pravo Skupnosti, pri čemer seveda ta pravila ne smejo biti manj ugodna od tistih, ki veljajo za podobna nacionalna pravna sredstva (načelo enakovrednosti), in ne smejo praktično onemogočiti oziroma čezmerno otežiti uveljavljanja pravic, ki jih daje pravni red Skupnosti (načelo učinkovitosti).[57]

57 – Sodba z dne 15. aprila 2008 v zadevi Impact (C-268/06, ZOdl., str. I-2483, točke 44 in od 46 do 48 ter navedena sodna praksa).

130. Na vprašanja predložitvenega sodišča je treba odgovoriti na podlagi teh ugotovitev.

2. Presoja

131. Predložitveno sodišče s prvim, drugim in četrtim vprašanjem Sodišče v bistvu sprašuje, ali je treba obveznost preglednosti razlagati tako, da morajo države članice nacionalnemu sodišču priznati pooblastilo za izdajo odredbe za stranke v sporu, da se zagotovi upoštevanje te obveznosti. Predložitveno sodišče Sodišče sprašuje tudi, ali je nacionalno sodišče dolžno strankam naložiti odpoved pogodbe, sklenjene v nasprotju z navedeno obveznostjo.[58]

58 – To četrto vprašanje za predhodno odločanje je oblikovano tako, da ne vemo, ali je pogodba, na katero se sklicuje predložitveno sodišče, koncesijska pogodba za storitve, sklenjena med mestom Frankfurt na Majni in podjetjem FES, ali pogodba o podizvajanju, sklenjena naknadno med koncesionarjem in DSM. Iz predložitvenega sklepa namreč izhaja, da tožeča stranka ne izpodbija odločbe, s katero je mesto Frankfurt na Majni koncesijo za storitve dodelilo podjetju FES. Ne zahteva torej odpovedi koncesijske pogodbe, sklenjene s tem podjetjem. Nasprotno pa tožeča stranka izpodbija odločbo, s katero je mesto Frankfurt na Majni na podlagi člena 30(IV) koncesijske pogodbe odobrilo spremembo podizvajalca. Tožeča stranka s tožbo na nacionalnem sodišču v bistvu zahteva razveljavitev pogodbe o podizvajanju, sklenjene med podjetjem FES in DSM. Predložitveno sodišče pa v sklepu trdi, da bi mesto Frankfurt na Majni moralo odpovedati koncesijsko pogodbo za storitve, v spremembo katere je privolilo. Zaradi nejasnosti bom menil, da se to vprašanje nanaša na oba primera.

132. Pooblastilo za izdajo odredbe je možnost, dana sodišču, da stranki naloži, naj stori neko dejanje, ki ga določi, ali naj ga ne stori, eventualno z grožnjo denarne kazni. Sodišče, ki mu je spor predložen, lahko tako posamezniku ali upravi ukaže, naj sprejme določen ukrep, kadar sodba nujno pomeni, da ena od strank v sporu sprejme ta ukrep. To pooblastilo je koristno sredstvo za zagotovitev izvrševanja sodnih odločb ter spopadanje s težavami in zavrnitvijo izvršitve pravnomočne odločbe.

133. Načelo, po katerem lahko nacionalno sodišče izda odredbo, trenutno ni urejeno z nobenim predpisom Skupnosti. Poleg tega se to načelo v državah članicah ne uporablja enotno, zlasti kadar se odredba izda za upravo.

134. V Nemčiji in Združenem kraljestvu je to pooblastilo sodišča za izdajo odredbe za upravo priznano. Nemško sodišče ima splošno pooblastilo za izdajo odredbe za upravo. Prav tako lahko britansko sodišče izdaja odredbe za dejanja ali opustitev dejanja za vse uprave, razen za vlado in njene neposredne sodelavce. Vprašanje je bilo dolgo sporno pri francoskem upravnem sodišču zaradi tradicionalnega pojmovanja delitve oblasti. Za to pojmovanje pa od sprejetja zakona z dne 8. februarja 1995[59] veljajo številne izjeme.

135. Kot sem navedel, morajo države članice v sedanjem stanju prava Skupnosti potrebo, in kjer je to ustrezno, pogoje, pod katerimi je treba priznati pooblastilo za izdajo odredbe, določiti na podlagi svojega notranjega pravnega reda ter v skladu z načeloma učinkovitosti in enakovrednosti. Pri tem se morajo države članice opreti na načela, na katerih temelji njihov nacionalni sodni sistem. Preučiti morajo, koliko se to pooblastilo za izdajo odredbe vključuje v celoto obstoječih pravnih sredstev, in upoštevati pooblastila, ki jih nacionalno sodišče že ima. Države članice morajo pri tej presoji paziti, da je zagotovljeno celovito izvrševanje sodnih odločb, ki so bile izdane v zvezi z obstojem pravic, izhajajočih iz prava Skupnosti. Pri uresničevanju tega cilja si morajo prizadevati za zagotovitev polne učinkovitosti prava Skupnosti in varstva pravic, ki jih podeljuje posameznikom.

59 – Zakon št. 95–125 o organizaciji sodišč ter o civilnem, kazenskem in upravnem postopku (JORF z dne 9. februarja 1995). Glej člene od L-911–1 do L-911–3 zakonika o upravnem sodstvu.

136. Čeprav v pravu Skupnosti ni predpisana odpoved pogodbe, se ta lahko izkaže za najprimernejšo kazen za zagotovitev učinkovitosti prava Skupnosti in varstvo pravic posameznikov. To lahko velja zlasti pri še posebej resni kršitvi določb prava Skupnosti, kot so določbe, ki zahtevajo ustrezno obveščenost javnosti ali predhodni razpis za ponudnike. V zvezi s tem lahko za vzgled vzamem določbe, ki jih je zakonodajalec Skupnosti sprejel v zvezi s tem s členom 2d, vstavljenim z Direktivo 2007/06.[60]

137. Landgericht Frankfurt am Main v sklepu trdi, da bi mesto Frankfurt na Majni moralo odpovedati koncesijsko pogodbo za storitve, v spremembo katere je privolilo.

138. Predložitveno sodišče opira svoje stališče na trditev, da se načela, ki jih je zakonodajalec Skupnosti razvil v členu 2 Direktive 89/665 in jih je Sodišče potrdilo v sodbi v zadevi Komisija proti Nemčiji[61], po analogiji uporabljajo za postopke oddaje koncesij za storitve.

139. V tej sodbi je Sodišče, ki mu je bila zadeva predložena na podlagi člena 228 ES, Zvezno republiko Nemčijo obsodilo, ker ni odpovedala pogodbe o odstranjevanju odpadkov mesta Brunswick (Nemčija), sklenjene v nasprotju z Direktivo 92/50. Zvezna republika Nemčija se je oprla na določbe člena 2(6), drugi pododstavek, Direktive 89/665 in trdila, da so nadomestila za škodo, ki so jih lahko dobila oškodovana podjetja, zadostovala za kaznovanje kršitve naročnika. Sodišče ni sprejelo tega sklepanja. Po njegovem mnenju se s to določbo ureja razmerje, ki obstaja med državo članico in njenimi državljani, ne ureja pa razmerja med državo članico in Skupnostjo in torej ne omogoča, da bi se ta izognila svoji odgovornosti v pravu Skupnosti. S tem ko so bili učinki zadevne pogodbe ohranjeni, je torej neizpolnitev obveznosti Zvezne republike Nemčije še naprej obstajala, in obstajalo je tveganje, da bo poseg v svobodo opravljanja storitev trajal ves čas izvajanja pogodbe. Po mnenju

60 – V skladu s to določbo je treba naročilo v celoti ali deloma razglasiti za neveljavno, če je bilo sklenjeno, ne da bi bilo prej v *Uradnem listu Evropske unije* objavljeno obvestilo o naročilu, ali če oškodovani ponudnik ni imel možnosti uporabiti predpogodbenih pravnih sredstev, ali v zelo posebnem primeru naročil, ki temeljijo na okvirnem sporazumu ali dinamičnem nakupovalnem sistemu iz Direktive 2004/18. Člen 2e, vstavljen z Direktivo 2007/66, vseeno omogoča državam članicam, da predvidijo alternativne kazni, pri čemer morajo upoštevati zlasti resnost kršitve, vedenje naročnika in, kjer je to ustrezno, obseg razveljavitve pogodbenih obveznosti. Te kazni so lahko finančne kazni ali skrajšanje trajanja naročila.

61 – Sodba z dne 18. julija 2007 (C-503/04, ZOdl., str. I-6153, točke od 29 do 36).

Sodišča je bila odpoved pogodbe nujna ne samo zaradi zagotovitve polnega izvrševanja sodbe, s katero je bila ugotovljena neizpolnitev obveznosti, ampak tudi zaradi zagotovitve upoštevanja prava Skupnosti.

140. V nasprotju s predložitvenim sodiščem menim, da načel, razvitih v okviru sporov o javnih naročilih, ni mogoče preprosto prenesti na spore o koncesijah za storitve, in sicer iz dveh razlogov.

141. Prvič, naj opozorim, da države članice niso želele zakonsko urediti postopka za oddajo koncesij za storitve v nasprotju s številnimi besedili, ki so bila sprejeta v zvezi z oddajo javnih naročil. Ne morem torej prezreti tega, da na tem področju ni predpisov Skupnosti in po analogiji uporabiti natančnih in obvezujočih pravil iz Direktive 89/665.

142. Drugič, zdi se mi kočljivo, da bi se posledice, ki jih je treba izpeljati iz kršitve obveznosti preglednosti, presojale enako, naj gre za javno naročilo ali koncesijo za javne storitve. V zadnjem primeru namreč cilj kazni ne sme biti samo zagotoviti upoštevanje zakonitosti ali kaznovati krivdno ravnanje naročnika. Njihov cilj je tudi in morda predvsem zagotoviti dobro delovanje javnih služb in ohraniti splošni interes, za izpolnjevanje katerega je bila sklenjena pogodba.

143. Če je treba tako z odredbo zlasti zagotoviti polno učinkovitost prava Skupnosti, bi moralo biti mogoče, da jo nacionalno sodišče presoja od primera do primera. Predmet odredbe bi bilo treba presojati ob upoštevanju vseh upoštevnih vidikov zadeve, kot so ravnanje naročnika, narava nezakonitosti in vsi interesi, ki bi lahko bili oškodovani, zlasti splošni interes.

144. V tej zadevi je načelo, po katerem lahko nacionalno sodišče izda odredbo, v Nemčiji sprejeto. Iz predložitvenega sklepa izhaja, da lahko nacionalno sodišče izvaja to pooblastilo v skladu s členom 1004(1) nemškega civilnega

zakonika (Bürgerliches Gesetzbuch, v nadaljevanju: BGB)[62] v dveh primerih:

– kadar je oseba oškodovana zaradi posega v interese, zaščitene z zakonom, kot so življenje, telesna nedotakljivost in osebnost, zdravje, svoboda in lastnina, ali

– kadar je oseba oškodovana zaradi kršitve „zakona za zaščito drugega“ v smislu člena 823(2) BGB.

145. V tem sporu bo moralo predložitveno sodišče preveriti, ali nacionalno procesno pravo in v obravnavanem primeru člen 823(2) BGB pristojnemu sodišču omogočata, da na upravo naslovi odredbo, kadar je ta kršila obveznost preglednosti, in ji naloži, naj odpove pogodbo, sklenjeno s podjetjem FES, in ne privoli več v zamenjavo podizvajalca.[63]

146. V ta namen bo moralo, prvič, presoditi, ali ta obveznost pomeni „zakon za zaščito drugega“ v smislu navedene določbe. Kot je pojasnilo predložitveno sodišče v utemeljitvi drugega vprašanja za predhodno odločanje, bo to veljalo, če navedena obveznost pomeni načelo običajnega prava.

147. Naj predložitveno sodišče spomnim, da je obveznost preglednosti izraz splošnega načela enakega obravnavanja. To načelo pa spada med temeljna načela prava Skupnosti in izvira neposredno iz določb Pogodbe.[64] Ustvarja pravice za posameznike in velja za vse organe držav članic, ko izvajajo pravo Skupnosti. Ti morajo zato to načelo, kolikor je mogoče, uporabljati pod pogoji, s katerimi se ne kršijo zahteve, izhajajoče iz varstva temeljnih pravic v pravnem redu Skupnosti. V tej zadevi bo torej nacionalno sodišče moralo nacionalna pravila, s katerimi se sodi-

62 – Ta določba določa:
„Če poseg v lastnino izhaja iz drugega vzroka, kot je odvzem ali zadržanje, lahko lastnik od storilca zahteva končanje zadevnega poseganja. Če grozi nov poseg v lastnino, lahko lastnik uvede postopek za izdajo odredbe.“
Iz predložitvenega sklepa izhaja, da je bila navedena določba po analogiji uporabljena za druge posege (zlasti za dejanja zoper življenje, telesno nedotakljivost, osebnost, zdravje in svobodo) in nekatera druga nezakonita ravnanja.

63 – Glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Rodríguez Caballero (točka 30 in navedena sodna praksa) ter sodbi z dne 27. februarja 2003 v zadevi Santex (C-327/00, Recueil, str. I-1877, točki 62 in 63) in z dne 13. marca 2007 v zadevi Unibet (C-432/05, ZOdl., str. I-2271, točka 44).

64 – Glej zgoraj navedeno sodbo Parking Brixen (točki 48 in 49).

šču priznava pooblastilo za izdajo odredbe, kolikor je mogoče razlagati tako, da se zagotovita polna učinkovitost prava Skupnosti in varstvo pravic, ki za tožečo stranko izhaja iz tega prava.

148. Če predložitveno sodišče meni, da obveznost preglednosti pomeni „zakon za zaščito drugega“ v smislu člena 823(2) BGB, se bo torej moralo prepričati, ali so pogoji, pod katerimi lahko nacionalno sodišče izda odredbo v primeru kršitve obveznosti preglednosti, enakovredni pogojem, ki veljajo v okviru spora, temelječega na kršitvi notranjega prava. Prepričati se bo moralo tudi, ali ta pravila praktično ne onemogočajo uresničevanja pravic, podeljenih s pravnim redom Skupnosti, ali ga čezmerno otežujejo.

149. V okviru tega spora je cilj zagotoviti polno učinkovitost prava Skupnosti, s tem da se učinkovito kaznujejo kršitve obveznosti preglednosti in prepreči preteča kršitev te obveznosti z novo zlorabo določbe o podizvajanju iz člena 30(IV) koncesijske pogodbe.

150. Predložitveno sodišče bo moralo ob upoštevanju tega cilja presoditi, ali je treba mestu Frankfurt na Majni in po potrebi podjetju FES naložiti odpoved pogodb, sklenjenih v nasprotju s pravom Skupnosti. V zvezi s tem in kot izhaja iz predložitvenega sklepa, Landgericht Frankfurt am Main trdi, da lahko kršitev obveznosti preglednosti pomeni resen razlog za odpoved koncesijske pogodbe v smislu člena 314 BGB.[65]

151. Ob upoštevanju tega cilja bo moralo presoditi tudi, ali je treba upravi in podjetju FES naložiti, naj v okoliščinah, kot so te v sporu o glavni stvari, ne zamenjata podizvajalca za dobavo in vzdrževanje javnih stranišč, ki bodo morala biti nameščena na železniških postajah Kornmarkt, Galluswarte in Rödelheim.

152. Zato Sodišču predlagam, naj predložitvenemu sodišču odgovori, da kadar pristojno

65 – V skladu s to določbo lahko „vsaka stranka iz resnega razloga odpove pogodbo za nedoločen čas, ne da bi ji bilo treba upoštevati odpovedni rok. Resen razlog obstaja, kadar glede na okoliščine primera in po uskladitvi interesov obeh strank od stranke, ki odpoveduje pogodbo, ni mogoče razumno pričakovati, da bo ohranila pogodbeno razmerje do izteka pogodbe ali do izteka odpovednega roka“.

nacionalno sodišče ugotovi kršitev obveznosti preglednosti pri postopku oddaje koncesije za storitve, se s pravom Skupnosti v sedanjem stanju ne zahteva, naj države članice temu sodišču priznajo pooblastilo za izdajo odredbe za stranke v sporu. V notranjem pravnem redu vsake države članice je treba v skladu z načeloma enakovrednosti in učinkovitosti, ki veljata v Skupnosti, opredeliti postopkovna pravila, ki pristojnemu nacionalnemu sodišču omogočajo zagotavljanje polne učinkovitosti prava Skupnosti in celovito izvrševanje sodne odločbe, izdane glede obstoja pravic, ki izhajajo iz tega prava.

VI – Predlog

153. Glede na zgornje ugotovitve Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Landgericht Frankfurt am Main, odgovori:

1. Kadar je v postopku oddaje koncesije za storitve identiteta podizvajalca bistveni element, na katerega se je naročnik oprl pri dodelitvi koncesije, morajo države članice na podlagi obveznosti preglednosti organizirati nov razpisni postopek, če želi koncesionar zamenjati podizvajalca že pred izvajanjem prvih storitev in ne da bi navedel zakonite razloge. Naloga pristojnega nacionalnega sodišča je, da presodi, ali so bili ime, ugled in tehnično strokovno znanje podizvajalca, ki ga je podjetje Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH predstavilo pri oddaji ponudbe, bistveni element, na katerega se je mesto Frankfurt na Majni oprlo pri dodelitvi koncesije temu podjetju.

2. Subjekt z mešanim kapitalom, kot je podjetje Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, ustanovljeno na podlagi partnerstva z mestom Frankfurt na Majni, pomeni ‚subjekt, za katerega velja javno pravo' v smislu člena 1(b) Direktive Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil storitev, kakor je bila spremenjena z Direktivo Komisije 2001/78/ES z dne 13. septembra 2001, kadar je dokazano, po eni strani, da ta subjekt zadovoljuje potrebe v splošno korist, ki niso industrijske ali komercialne narave, in po drugi strani, da sta njegovo vodenje in vodstvo zelo odvisna od javne skupnosti.

Navedeni subjekt izpolnjuje potrebe v splošno korist v smislu člena 1(b), drugi pododstavek, prva alinea, Direktive 92/50, kakor je bila spremenjena, kadar zagotavlja zbiranje in predelavo odpadkov ter čiščenje mesta na ozemlju javne skupnosti. Predložitveno sodišče bo moralo za oceno, ali so te potrebe industrijske ali komercialne narave, presoditi pogoje, pod katerimi podjetje Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH opravlja svojo dejavnost, in zlasti stanje konkurence v teh sektorjih.

Tak subjekt je zelo odvisen od javne skupnosti v smislu člena 1(b), drugi pododstavek, tretja alinea, Direktive 92/50, kakor je bila spremenjena, kadar ima ta skupnost nadzor nad njegovim vodenjem in njegovim vodstvenim, upravnim ali nadzornim organom. Za določitev natančnega obsega nadzora, ki ga nad podjetjem Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH izvaja mesto Frankfurt na Majni, bo moralo pristojno nacionalno sodišče presoditi, ali lahko javna skupnost prek pravice veta, ki jo ima na generalni skupščini, ali prek sestave navedenih organov podjetja dejavno nadzoruje vodenje tega subjekta in tako vpliva na njegove odločitve na področju oddaje koncesij za storitve.

3. Kadar pristojno nacionalno sodišče ugotovi kršitev obveznosti preglednosti pri postopku oddaje koncesije za storitve, se s pravom Skupnosti v sedanjem stanju ne zahteva, naj države članice temu sodišču priznajo pooblastilo za izdajo odredbe za stranke v sporu. V notranjem pravnem redu vsake države članice je treba v skladu z načeloma enakovrednosti in učinkovitosti, ki veljata v Skupnosti, opredeliti postopkovna pravila, ki pristojnemu nacionalnemu sodišču omogočajo zagotavljanje polne učinkovitosti prava Skupnosti in celovito izvrševanje sodne odločbe, izdane glede obstoja pravic, ki izhajajo iz tega prava.