ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
Г-Н Y. BOT
представено на 27 октомври 2009 година[1]

1. С настоящото преюдициално запитване Landgericht Frankfurt am Main (Германия) иска да установи по същество какъв е обхватът на задължението за прозрачност и какви изводи следва да се направят от неговото нарушаване в рамките на процедура за възлагане на концесия за услуги.

2. Запитването е отправено в рамките на спор между предприятието Wall AG[2], от една страна, и Stadt Frankfurt am Main (град Франкфурт на Майн) и предприятието Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH[3], от друга, по повод изпълнението на концесия за експлоатация, поддръжка и сервизно обслужване на обществени тоалетни на територията на града.

3. Това дело ще даде възможност на Съда да определи условията, при които възлагащият орган може допусне изменение на договора за концесия по време на изпълнението му, без да наруши обхвата на задължението за прозрачност.

4. То ще предостави възможност на Съда да определи и условията, при които спазването на това задължение се изисква от публично-частно образувание, създадено в рамките на публично-частно партньорство.

5. Накрая, въпросите на Landgericht Frankfurt am Main ще позволят на Съда да определи правилата за съдебен контрол върху решенията, които са приети в рамките на концесии за услуги. По-специално Съдът ще трябва да провери дали когато компетентната национална юрисдикция установи нарушение на задължението за прозрачност в рамките на процедура за възлагане на концесия за услуги, общностното право изисква от държавите членки да осигуряват на съответната национална юрисдикция правомощие за даване на разпореждания до страните по договора.

1 — Език на оригиналния текст: френски.
2 — Наричано по-нататък „ищецът“.
3 — Наричано по-нататък „FES“.

I — Общностна правна уредба

А — *Първично право*

6. Договорът за ЕО не ограничава свободата на държавите членки да сключват договори за концесия за услуги, доколкото правилата за предоставянето им са съвместими с разпоредбите, които въвеждат и гарантират нормалното функциониране на единния пазар.

7. Подобно на всеки държавен акт, определящ условията, на които е подчинено упражняването на икономическа дейност, актовете за предоставяне на концесии трябва да са съобразени с прогласените в Договора принципи относно правото на установяване (член 43 ЕО) и на свободно предоставяне на услуги (член 49 ЕО) и трябва да се подчиняват на правилата, които забраняват всякаква дискриминация на основание гражданство (член 12, първа алинея ЕО).

8. Освен това актовете за предоставяне на концесии трябва да спазват принципите, изведени от Съда въз основа на тези разпоредби, и по-специално принципите на равно третиране и на прозрачност, чийто обхват ще разясня по-нататък. Макар че тази съдебна практика се отнася конкретно за съдебните спорове, свързани с договори за възлагане на обществени поръчки, това не променя обстоятелството, че обхватът на изведените в тях принципи надхвърля рамките на посочените договори. Ще изходя от предпоставката, че тези принципи са приложими и в други случаи, и по-специално за концесиите.

Б — *Вторично право*

9. Понастоящем вторичното общностно право не урежда договорите за концесия за услуги[4]. Въпреки това разпоредбите на директивите относно възлагането на обществени поръчки позволяват да се преценят някои правила за възлагане на този вид договори.

1. Правната уредба относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги

10. Най-напред понятието „възлагащи органи“ е дефинирано в член 1, буква б)

4 — Към настоящия момент вторичното общностно право съдържа само норми, приложими за концесиите за строителство, възлагани в традиционните сектори.

от Директива 92/50/ЕИО[5]. Съгласно осмо съображение от нея директивата се прилага за „обществени поръчки за услуги“[6] и поради това изключва от приложното си поле концесиите за услуги. Директива 92/50 цели да премахне пречките пред свободното предоставяне на услуги и пред свободното движение на стоки и да защити интересите на икономическите оператори, които желаят да предлагат стоки или услуги на възлагащи органи, установени в друга държава членка[7].

11. Член 1, буква б) от тази директива дефинира понятието „възлагащи органи“ така:

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

„Публичноправна организация е всяка организация:

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

и

— която има правосубектност,

и е

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

5 — Директива на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги (ОВ L 209, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 2, стр. 50), изменена с Директива 2001/78/ЕО на Комисията от 13 септември 2001 година (ОВ L 285, стр. 1, наричана понататък „Директива 92/50“).

6 — Съгласно член 1, буква а) от Директива 92/50 става въпрос за „възмездните договори, сключени в писмена форма между доставчик на услуги и възлагащ орган“. По смисъла на тази директива обществената поръчка за услуги включва възнаграждение, платимо пряко от възлагащия орган на доставчика на услуги.

7 — Решение от 1 февруари 2001 г. по дело Комисия/Франция (C-237/99, Recueil, стр. I-939, точки 41 и 42, както и цитираната съдебна практика).

[…]“ [неофициален превод]

12. След това понятието „концесия за услуги“ е дефинирано в член 1, параграф 4 от Директива 2004/18/ЕО[8], която преработва всички разпоредби относно възлагането на обществени поръчки за услуги, доставки и строителство[9].

13. Съгласно тази разпоредба концесия за услуги е „договор от същия вид като обществена поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата[,] или в това право заедно с плащане“.

14. Освен това в член 1, параграф 9 от тази директива се възпроизвежда дословно дефиницията на понятието „публичноправна организация“, включена в член 1, буква б), втора алинея от Директива 92/50.

2. Директива 89/665/ЕИО

15. Директива 89/665/ЕИО[10] позволява значително увеличаване на гаранциите за прозрачност и недискриминация в рамките на отварянето на обществените поръчки за конкуренцията, задължавайки държавите членки да въведат ефективни и бързи производства по обжалване в случай на нарушения на разпоредбите на директивите за обществените поръчки[11]. Съгласно член 1 от тази директива тези производства трябва да са достъпни съгласно подробни правила, които държавите членки могат да установят, за всяко лице, което има или което е имало интерес от спечелването на определена процедура за възлагане на поръчка и което е било или би могло да претърпи вреди от твърдяно нарушение.

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

9 — Съответно, що се отнася до обществените поръчки за услуги — Директива 92/50; що се отнася до обществените поръчки за доставки — Директива 77/62/ЕИО на Съвета от 21 декември 1976 година (ОВ L 13, 1977 г., стр. 1); и що се отнася до обществените поръчки за строителство — Директива 71/305/ЕИО на Съвета от 26 юли 1971 година (ОВ L 185, стр. 5), наричани заедно по нататък „директивите за обществените поръчки“.

10 — Директива на Съвета от 21 декември 1989 година относно координирането на законовите, подзаконовите и административните разпоредби, отнасящи се до прилагането на производства по обжалване при възлагането на обществени поръчки за доставки и за строителство (ОВ L 395, стр. 33; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 1, стр. 237), изменена с Директива 92/50 (наричана по-нататък „Директива 89/665“). Тази директива последно е изменена с Директива 2007/66/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 11 декември 2007 г. (ОВ L 335, стр. 31).

11 — Докато първоначално член 1 от Директива 89/665 се е отнасял единствено за процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство и доставки, Директива 2007/66 разширява приложното ѝ поле, така че да обхваща и обществените поръчки за услуги.

16. Като се има предвид краткосрочността на процедурите за възлагането на обществени поръчки, съгласно член 2 от Директива 89/665 посочените производства трябва да позволяват не само спешно разглеждане на твърдените нарушения и приемането на временни мерки, но и отмяна на незаконосъобразните решения и обезщетяване на лицата, които са претърпели вреди. Тази разпоредба гласи следното:

„1. Държавите членки гарантират, че мерките, приети относно производствата по обжалване, уточнени в член 1, включват правомощия, които да позволяват:

а) да се приемат, в най-кратки срокове и посредством временни процедури, временни мерки с цел да се поправи твърдяно нарушение или да се предотврати нанасянето на допълнителни щети на засегнатите интереси, включително мерки за прекратяване или за гарантиране прекратяването на процедурата за възлагане на обществена поръчка или за изпълнението на всяко решение, взето от възложителя;

б) да се отменят или да се гарантира отмяната на решения, взети неправомерно […]

в) да се обезщетят лицата, ощетени от дадено нарушение.

[…]

6. Последиците от упражняването на правомощията, посочени в параграф 1, върху договор, сключен след възлагането на поръчка, се определят от националното право.

[…]“

17. Както отбелязах, Директива 89/665 е изменена с Директива 2007/66. Същата цели да засили ефективността на националните производства по обжалване и определя случаите, в които договор, сключен в нарушение на правилата на процедура за възлагане на обществени поръчки, трябва да се смята за недействителен.

3. Директива 80/723/ЕИО

18. Член 2 Директива 80/723/ЕИО[12] гласи следното:

„1. За целите на настоящата директива:

[…]

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

[…]

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

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

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

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

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

II — Фактите и главното производство

19. По-нататък ще обобщя фактите, които считам за релевантни за моето изложение.

20. Договорът, разглеждан в настоящото дело, е договор за концесия за услуги по смисъла на член 1, параграф 4 от Директива 2004/18. Този договор е сключен между Stadt Frankfurt am Main, който — доколкото е местен орган — се счита за „възлагащ орган“ по смисъла на член 1, буква б) от Директива 92/50, и предприятието FES. Посоченият договор е с предмет експлоатация, поддръжка и сервизно обслужване на единадесет обществени тоалетни, разположени на територията на Stadt Frankfurt am Main и включва реконструкцията на две обществени тоалетни, разположени на гарите Rödelheim и Galluswarte, което представлява услуги по смисъла на член 8 и на приложение I A от тази директива.

21. Разглежданият договор е сключен за срок от шестнадесет години. FES, който е главният изпълнител, не получава възнаграждение от Stadt Frankfurt am Main, а събира такса, заплащана от ползвателите, и притежава изключителното право да експлоатира стойките на тоалетните за рекламни цели. Този начин на възнаграждение налага FES да поеме риска, свързан с експлоатацията на съответните услуги.

22. Тази концесия е възложена на FES въз основа на икономически най-изгодната оферта. Офертите, подадени от предприятията, между които тези на FES и на ищеца, са оценени с оглед на различните критерии за възлагане, посочени в поканата за представяне на оферти. Както следва от определението за преюдициално запитване, всеки от тези критерии е преценен и подреден в низходящ ред според придадената му от Stadt Frankfurt am Main значимост[13].

23. В рамките на своята оферта FES представя ищеца като свой подизпълнител, що се отнася до рекламните услуги и доставката на модулите за тоалетните, необходими за изпълнението на обществените услуги. Конкретно FES се позовава на неговата световна известност и технически опит в тези области. Stadt Frankfurt am Main приема офертата на FES.

24. След сключването на договора за концесия на 20 и 22 юли 2004 г., FES кани ищеца, както и встъпилата страна Deutsche Städte Medien GmbH[14] да представят оферти за предоставяне на рекламни услуги на

13 — В поредността: ограничени намерения в областта на рекламата (30 %), полезност на проекта на оператора (обществени тоалетни) (15 %), допустимост на проекта за реклама (10 %), уместност на проекта от гледна точка на безопасността (10 %), лесна употреба на обществените тоалетни (10 %), ползата от обществените тоалетни (10 %), вписване на обществените тоалетни в градската среда (5 %), естетически вид на обществените тоалетни (5 %) и въздействие на обществените тоалетни върху околната среда (5 %).

14 — Всъщност това предприятие е Ströer City-Marketing GmbH, неговият основен конкурент за получаването на концесията (наричано по-нататък „DSM“).

5 януари 2005 г., а на 28 юли 2005 г. — за доставката на модули за тоалетни. Офертите на ищеца са отхвърлени.

25. В изпълнение на член 30, IV от договора за концесия FES иска от Stadt Frankfurt am Main да допусне промяна на подизпълнител. Последният не прави никакви възражения и освен това уточнява, че въпреки промяната стандартите, описани в спецификациите, ще бъдат спазени.

26. Пред националната юрисдикция ищецът твърди, че Stadt Frankfurt am Main е нарушил задължението за прозрачност, като е разрешил посочената промяна и по този начин съществено е изменил договора за концесия, сключен с FES.

III — Преюдициалното запитване

27. Landgericht Frankfurt am Main решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли принципът на равно третиране и общностният принцип на недопускане на дискриминация на основание гражданство, прогласени в членове 12 ЕО, 43 ЕО и 49 ЕО, да се тълкуват в смисъл, че произтичащите от тях задължения за прозрачност от страна на публичноправните органи, които се състоят в отварянето за конкуренция с подходящо равнище на публичност при предоставянето на концесии за услуги, както и осигуряването на контрола за безпристрастност на процедурите по предоставяне[15], изискват националното право да признае правото в полза на участника, чиято оферта не е приета, да се издаде разпореждане, за да се предотврати предстоящо неизпълнение на тези задължения и/или да се преустанови такова неизпълнение?

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

3) Посочените в първия преюдициален въпрос задължения за прозрачност

15 — Запитващата юрисдикция се позовава на Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точки 60—62), Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname (C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точки 17—22), Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точки 46—50), Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV (C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 21) и Решение от 13 септември 2007 г. по дело Комисия/Италия (C-260/04, Сборник, стр. I-7083, точка 24).

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

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

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

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

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

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

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

28. Писмени и устни становища представят страните в главното производство, както и Комисията на Европейските общности, Надзорният орган на Европейската асоциация за свободна търговия (ЕАСТ), както и шест държави членки[16].

IV — Предмет на преюдициалните въпроси

29. Ще започна анализа на настоящото преюдициално запитване с разглеждане на третия и петия преюдициален въпрос относно обхвата на задължението за прозрачност.

30. С третия си въпрос запитващата юрисдикция иска от Съда да установи дали това задължение изисква възлагащият орган да обяви нова процедура за конкурентно възлагане на обществена поръчка, след като главният изпълнител, на който е възложена концесията, иска за нейното изпълнение да прибегне до услугите на подизпълнител, различен от този, който е посочил при подаването на своята оферта. Освен това с петия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали главен изпълнител като FES, който е създаден под формата на публично-частно образувание, също може да бъде квалифициран като „възлагащ орган“ по смисъла на Директива 92/50 и като такъв да е подчинен на спазването на задължението за прозрачност.

31. След разглеждането на тези два първи въпроса ще продължа анализа си с проучването на първия, втория и четвъртия преюдициален въпрос, които по същество се отнасят до правилата за съдебния контрол върху решенията, приети в рамките на концесиите за услуги.

32. Последните три въпроса са релевантни само в случай че националният съд приеме, че Stadt Frankfurt am Main и/или FES са нарушили прозрачността на процедурата, извършвайки промяна на подизпълнител по време на изпълнението на разглеждания договор за концесия.

V — Анализ

33. Струва ми се важно, преди да започна своето разглеждане, да припомня основните положения в съдебната практика относно задължението за прозрачност. Въпреки че отчасти засяга обществените поръчки, тази съдебна практика е

16 — Кралство Дания, Федерална република Германия, Кралство Нидерландия, Република Австрия, Република Финландия и накрая Обединено кралство Великобритания и Северна Ирландия.

установена въз основа на принципите на Договора и поради това ми изглежда релевантна за приложението на общностното право към концесиите за услуги.

36. Доколкото става дума за общ принцип на общностното право, спазването на принципа на равно третиране обвързва държавите членки, когато те прилагат общностни разпоредби. Следователно те са длъжни, доколкото е възможно, да прилагат тези разпоредби по начин, който не противоречи на изискванията, произтичащи от защитата на основните права в общностния правен ред[20].

А — *Основните положения в съдебната практика относно задължението за прозрачност*

34. От постоянната съдебна практика следва, че задължението за прозрачност представлява конкретен и специфичен израз на принципа на равно третиране.

37. Съдът е имал повод да определи обхвата на принципа на равно третиране в рамките на обществени поръчки в Решение по дело Комисия/Дания и Решение по дело Комисия/Белгия[21] —съдебна практика, която впоследствие е транспонирана за концесии за услуги[22].

35. Съдът отдавна е приел, че този принцип принадлежи към основните принципи на общностното право[17], чието спазване обвързва държавите членки, когато те действат в приложното поле на общностното право. Същият принцип изисква да не се третират по различен начин сходни положения, освен ако това не е обективно обосновано[18]. Той се числи към основните права, за чието спазване следи Съдът[19].

38. Принципът на равно третиране на оферентите има за цел да насърчи развитието на здравословна и ефективна конкуренция между кандидатстващите предприятия. Спазването на този принцип трябва да позволи гарантирането на обективно

17 — Решение от 19 октомври 1977 г. по дело Ruckdeschel и др. (117/76 и 16/77, Recueil, стр. 1753, точка 7).

18 — Вж. по-специално Решение от 25 ноември 1986 г. по дело Klensch и др. (201/85 и 202/85, Recueil, стр. 3477, точка 9), както и Решение от 12 декември 2002 г. по дело Rodríguez Caballero (C-442/00, Recueil, стр. I-11915, точка 32 и цитираната съдебна практика).

19 — Решение по дело Rodríguez Caballero, посочено по-горе (точка 32).

20 — Пак там (точка 30 и цитираната съдебна практика).

21 — Вж. съответно Решение от 22 юни 1993 г. по дело Комисия/Дания (C-243/89, Recueil, стр. I-3353, точки 37—39) и Решение от 25 април 1996 г. по дело Комисия/Белгия (C-87/94, Recueil, стр. I-2043, по-специално точки 51—56). Вж. също Решение от 29 април 2004 г. по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Recueil, стр. I-3801, точка 108 и цитираната съдебна практика).

22 — Вж. Решени по дело Parking Brixen, посочено по-горе (точка 48).

сравнение на офертите и е задължителен на всички етапи на процедурата. Всички оференти, независимо на коя държава са граждани или юридически лица, трябва да разполагат с еднакви възможности при изготвяне на офертите си[23]. С други думи, правилата на играта трябва да са известни на всички потенциални оференти и трябва да се прилагат за всички по един и същ начин.

39. Според общностния съд спазването на принципа на равно третиране на оферентите включва недопускане на дискриминация, основана на гражданство, и задължение за прозрачност, което трябва да позволи на публичния орган концедент да се убеди, че този принцип е спазен[24].

40. Съдът е определил обхвата на задължението за прозрачност в Решение по дело Telaustria и Telefonadress, посочено по-горе, както и в Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе. Според общностния съд основната цел на това задължение е да гарантира, че не съществува риск от фаворизиране и произвол от страна на възлагащия орган. Посоченото задължение се състои в това да се гарантира на всички потенциални оференти подходящо равнище на публичност на процедурата по възлагане, като по този начин дава възможност за откриване на процедурата за конкуренция и за контрол за нейната безпристрастност. То изисква също условията и редът за провеждане на процедурата за възлагане на обществена поръчка да са определени ясно, точно и еднозначно в обявлението за поръчка или в спецификациите. Това трябва да даде възможност на всички разумно информирани и полагащи дължимата грижа оференти да разберат техния точен обхват и да ги тълкуват по еднакъв начин. Това също трябва да позволи на възлагащия орган да провери дали офертите на оферентите действително отговарят на критериите за разглежданата поръчка[25].

41. Разглеждането на практиката на Съда показва съществуващата тясна връзка между задължението за прозрачност и принципа на равно третиране. Първото цели да осигури полезното действие на второто, като гарантира условия за здравословна конкуренция. Тъй като принципът на равно третиране като такъв представлява общ принцип на общностното право, спазването на задължението за прозрачност, което представлява негово конкретно и специфично изражение, обвързва държавите членки в същата степен.

23 — Вж. Решение по дело Комисия/Белгия, посочено по-горе (точки 54—56). Така в това дело Съдът признава, че посоченият принцип не допуска възложител да взема предвид изменение, внесено в първоначалните оферти само на един оферент, тъй като последният би се ползвал с предимство спрямо своите конкуренти.

24 — Вж. Решение по дело Комисия/CAS Succhi di Frutta, посочено по-горе (точка 109 и цитираната съдебна практика), както и Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе (точка 49 и цитираната съдебна практика).

25 — Решение по дело Telaustria и Telefonadress, посочено по-горе (точки 61 и 62), както и Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе (точка 111).

Б — *По обхвата на задължението за прозрачност*

1. По обхвата ratione materiæ на задължението за прозрачност

42. С третия си въпрос запитващата юрисдикция иска от Съда да установи дали задължението за прозрачност изисква възлагащият орган да обяви нова процедура за конкурентно възлагане на обществена поръчка, когато главният изпълнител, на който е възложена концесията, иска за нейното изпълнение да не използва вече услугите на подизпълнителя, представен при подаването на офертата.

43. За да се отговори на този въпрос, ми се струва важно да разгледам начина, по който трябва да се прилага задължението за прозрачност, като се имат предвид характерните особености на концесиите за услуги. Всъщност с крайната си цел и начина си на изпълнение концесията за услуги съществено се различава от обществените поръчки за услуги.

44. Каквато и да е степента на трудност и сложност на една обществена поръчка за услуги, обикновено тя се разглежда като покупка на услуга от публичноправен субект и се отнася до конкретна престация, извършена от предприятие. За сметка на това концесията за услуги е вид възложено управление на обществена услуга, с което публичноправният субект предоставя на външен за администрацията доставчик управлението на дейност от обществен интерес и отговорността за нея по отношение на ползвателите, при това за значителен срок. Възлагащият орган, независимо дали е орган на власт или публичноправна организация, спира да управлява услугата и прехвърля отговорността на концесионера[26]. Последният експлоатира услугата за своя сметка и поема свързаните с това рискове, а възнаграждението му се осигурява чрез събирането на такса, заплащана от ползвателите на услугата.

45. Прилагането на общностното право към този вид договорно управление на услуга от обществен интерес трябва да бъде съобразено с различни императивни изисквания.

46. На етапа на сключването на договора задължението за прозрачност трябва да се съобрази с голямата свобода, с която разполага възлагащият орган при преценката на офертите и при определянето на икономически най-изгодната оферта. Икономически най-изгодната оферта е тази, която най-добре отговаря икономически, в широкия смисъл на понятието, на

26 — Решение от 26 април 1994 г. по дело Комисия/Италия (C-272/91, Recueil, стр. I-1409).

нуждите, посочени от обществения орган, като се имат предвид приетите критерии и тяхната тежест. Възлагащият орган трябва да може да избере доставчика на услуги, който предвид представените препоръки, качеството на офертата, познанията, които има в съответната област, и доверието, което внушава, му дава максимум гаранции за доброто изпълнение на услугата. Следователно спецификата на концесията за услуги позволява избор на доставчик въз основа на редица широки критерии, като се отдава предпочитание на критерия „intuitu personæ“. Този свобода при избора обаче не означава, че възлагането на концесията трябва да се извърши по произволен и дискриминационен начин. С цел да предотврати корупцията и да осигури по-добра прозрачност в икономическия живот и публичните процедури, съдът поставя граници на посочената свобода, като се основава на принципите, уреждащи процедурите за възлагане на обществени поръчки. Така свободата за договаряне и вземане на решения продължава да съществува, но тя трябва да се упражнява при спазване още на предварителния етап на задължение за публичност и за конкурентно възлагане на поръчките, което позволява прозрачен избор на кандидата и осигурява равно третиране на оферентите[27].

47. По-нататък, на етапа на изпълнението на договора задължението за прозрачност трябва да се съобрази с интереса от обществената услуга, който при определени обстоятелства налага договорът да бъде приспособен и изменен.

48. Както отбелязах, концесионерът поема организирането на услуга, както и свързаните с това рискове от експлоатацията. Като се има предвид сложният и дългосрочен характер на концесията за услуги, концесионерът трябва да разполага с достатъчна свобода на действие, за да се приспособява към пазарните условия и към промените, които могат да настъпят в икономическите, техническите или правните условия на концесията. Следователно непредвидимите пречки и трудности при изпълнението, които са неизбежни при дългосрочните инвестиции, изискват особена гъвкавост от страните и дух на сътрудничество. Следователно причините за предоговаряне са многобройни. Въпреки това някои могат да бъдат източник на злоупотреба, ако водят до неблагоприятно засягане на равновесието на договорните задължения и нарушават прозрачността на процедурата и изискването за конкуренция на оферентите преди възлагането. Следователно е необходимо да се прецени дали предвиденото изменение представлява обикновен анекс към договора, обоснован с основателни причини, или всъщност води до сключването на нов договор, за което съгласно основните принципи на общностното право трябва да се осигури подходящо равнище на публичност и нова процедура за конкурентно възлагане.

27 — Както посочва Европейският парламент, спазването на тези правила „може да представлява ефикасен инструмент за премахване на недопустимите ограничения на конкуренцията, като в същото време позволява на публичните власти сами да определят и контролират условията за осигуряването на качество, наличност, социални стандарти и опазване на околната среда“ (Резолюция на Европейския парламент относно Зелената книга за услугите от общ интерес (P5_TA(2004)0018), параграф 32).

49. В Решение по дело Комисия/Франция[28] Съдът приема, че измененията в клаузите на договор за обществена поръчка, направени в срока на действие на последния, представляват ново възлагане на обществена поръчка, когато „имат съществено различни характеристики от тези на вече проведеното [договаряне] и следователно могат да изразяват волята на страните да договорят отново съществените условия на договора“[29].

50. Съдът определя обхвата на това основание в Решение по дело pressetext Nachrichtenagentur[30], като посочва четири хипотези, при които този вид изменения може да се приемат за съществени.

51. При първата хипотеза изменението въвежда условия в договора, които ако са били налице при първоначалната процедура за възлагане, са щели да позволят допускането на участници, различни от първоначално допуснатите, или да позволят приемане на оферта, различна от първоначално приетата.

52. При втората хипотеза изменението значително разширява обхвата на обществената поръчка до услуги, които първоначално не са предвидени.

53. Третата хипотеза се отнася до положение, при което изменението променя икономическото равновесие на договора в полза на определения за изпълнител на обществената поръчка участник по начин, който не е предвиден в условията на първоначалната обществена поръчка.

54. Накрая, четвъртата хипотеза се отнася до положение, при което съдоговорителят, на който възлагащият орган първоначално възлага обществената поръчка, се замени с нов съдоговорител. Според Съда това изменение представлява промяна на едно от съществените условия на разглежданата обществена поръчка, освен ако тази „замяна е предвидена в условията на първоначалната обществена поръчка, например като подизпълнение“.

55. Както отбелязах, член 30, IV от договора за концесия за услуги между Stadt Frankfurt am Main и FES разрешава промяната на подизпълнител със съгласието на възлагащия орган. В случая тази процедура е спазена.

56. Следователно в настоящото дело въпросът е дали въпреки наличието на тази клауза и спазването на свързаната с нея процедура промяната на

28 — Решение от 5 октомври 2000 г. (C-337/98, Recueil, стр. I-8377).

29 — Точки 44 и 46.

30 — Решение от 19 юни 2008 г. (C-454/06, Сборник, стр. I-4401, точки 35—37 и 40).

подизпълнител представлява изменение на съществени условия на разглежданата концесия за услуги по смисъла на общностната съдебна практика.

57. Тази преценка е трудна, доколкото самият Stadt Frankfurt am Main е допуснал това изменение по съображението, че стандартите, описани в спецификациите, ще бъдат спазени. Въпреки това, като се имат предвид особените обстоятелства, при които е извършена тази промяна, мисля, че националната юрисдикция трябва да се увери, че актът, с който този орган разрешава това изменение, не води до заобикаляне на принципа на равно третиране на оферентите и на произтичащото от него задължение за прозрачност.

58. Струва ми се важно за целите на това разглеждане да припомня условията, при които концесионерът може да прибегне до подизпълнение.

59. Като се имат предвид сложността и продължителният срок на договорите за концесия, концесионерът може да реши да възложи изпълнението на сключения с възложителя договор изцяло или отчасти на подизпълнители. Приема се, че изборът на подизпълнител е част от правото на преценка на предприемача. Тази свобода при избора е следствие от правилото, че концесионерът носи цялата отговорност за изпълнението на концесията, а подизпълнителят е обвързан само с него чрез договор с частноправен характер, тъй като е сключен между два частноправни субекта.

60. Въпреки това, за да е редовно, наемането на подизпълнител трябва да се приеме от възлагащия орган или при сключването на договора, или по време на неговото изпълнение. Именно така възлагащият орган проверява техническите и икономическите възможности на подизпълнителя[31].

61. Когато подизпълнителят е представен при подаването на офертата, именно възлагането на концесията включва и приемане на подизпълнителя. По принцип възлагащият орган може да откаже да одобри предприятие подизпълнител, когато същото например има неуредени данъчни или осигурителни задължения или не разполага с достатъчен капацитет, за да поеме изпълнението на дейностите, които са му поверени.

31 — Вж. Решение от 18 март 2004 г. по дело Siemens и ARGE Telekom (C-314/01, Recueil, стр. I-2549, точки 45 и 46), свързано с процедура за възлагане на обществена поръчка.

62. Подизпълнението не е ограничено до обявените при подаването на офертата случаи. По време на изпълнението на договора главният изпълнител може да прибегне до други подизпълнители или да промени подизпълнители поради основателни причини, свързани например с реалното качество на неговите дейности или с финансовото му състояние. Това му позволява да приспособява дейностите си или в съответствие с разпоредбите на договора за подизпълнение да се освободи от предприятие, което не го удовлетворява.

63. Когато промяната на подизпълнител е предвидена в условията на договора и самият възлагащ орган дава съгласие за това изменение, по принцип е трудно да се поддържа, че тази промяна сама по себе си изменя съществено условие на концесията и изисква обявяването на нова процедура за конкурентно възлагане.

64. Всъщност, като дава съгласието си, възлагащият орган приема, че личността на подизпълнителя не е съществена с оглед предмета на концесията и че дейностите, предоставени на главния изпълнител, ще бъдат извършени съгласно спецификациите независимо от това изменение. Такова положение може да е налице, когато на разглеждания пазар има множество предприятия, които предлагат дейности от еднакво естество и с еднакво качество.

65. От друга страна, когато възлагащият орган предвижда, че определени условия за възлагането на договора могат да бъдат доуточнявани след избора на концесионера и когато изрично предвижда в спецификациите тази възможност за доуточняване, както и правилата за нейното прилагане, то тогава всички предприятия, заинтересовани от участие в концесията, са запознати с това обстоятелство още от началото на процедурата и в този смисъл се намират в равнопоставено положение към момента на изготвяне на офертите си.

66. Въпреки това при положение като разглежданото в главното производство изменението на договора за концесия може да изглежда оспоримо.

67. Всъщност промяната на подизпълнител се извършва без основателна причина след сключването на договора и преди изпълнението на първите дейности, въпреки че самият концесионер се е позовавал на известността и техническия опит на подизпълнителя при подаване на своята оферта.

68. Според мен, макар че възлагащият орган я е допуснал, такава практика нарушава задължението за прозрачност и

принципа на равно третиране на оферентите. По този начин възлагащият орган не разглежда изменената оферта на FES в рамките на сериозна и прозрачна проверка на различни кандидатури, което може да предостави на предприятието неоправдано предимство за получаването на договора.

69. На първо място, не е изключено, че Stadt Frankfurt am Main е щял да предпочете оферта, различна от първоначално представената оферта на FES, ако по отношение на подизпълнението на рекламните услуги то не се бе позовало на множеството качества на ищеца като „резултатен и опитен партньор", „опитен и активен специалист в областта на рекламата по целия свят", чиито „продукти [са] модерни и естетични"[32].

70. От определението за преюдициално запитване ясно личи, че именно представянето на ищеца като подизпълнител е позволило на FES да получи разглеждания договор за концесия. Всъщност изборът в полза на FES е направен с оглед на предложенията му в областта на рекламата, тъй като по този критерий за възлагане то получава 27,3 точки, докато основният му конкурент, който е встъпилата страна по настоящото дело, получава 20,1. Що се отнася до другите критерии, Stadt Frankfurt am Main дава същия брой или повече точки на встъпилата страна. Следователно съгласно документите, с които разполагам, присъствието на ищеца в цялостната оферта на FES има решаващо значение за предоставянето на концесията.

71. На второ място, поведението на FES, което след получаването на договора за концесия продължава преговорите относно подизпълнението на рекламните услуги и на доставката на модули за тоалетни[33], като в крайна сметка отстранява ищеца без основателна причина[34], сочи, че първоначалната му оферта, която е приета от Stadt Frankfurt am Main, е била всъщност привидна оферта, чиято цялостна структура има за единствена цел да отстрани сериозните конкуренти с цел да получи концесията, но с незабавно демонстрирано желание впоследствие да я изпълни при икономически и технически условия, различни от изложените в офертата, които единствени са били разгледани на конкурентни начала.

72. Ето защо с оглед на всички изложени по-горе обстоятелства, следващи

32 — Определението за преюдициално запитване, стр. 5 и 6.

33 — Докато договорът за концесия е сключен със Stadt Frankfurt am Main на 20 и 22 юли 2004 г., FES кани ищеца и встъпилата страна да представят оферти за рекламни услуги и за доставката на модули за тоалетни съответно на 5 януари и 28 юли 2005 г. Именно на този етап ищецът е отстранен като подизпълнител.

34 — В случая не виждам нито едно доказателство по делото, което да позволява да се приеме, че FES има основателна причина да не прибегне до услугите на подизпълнителя, който е представило при подаването на своята оферта. Както посочва запитващата юрисдикция, тази промяна е неразбираема, доколкото ищецът предлага на FES далеч по-голямо годишно възнаграждение от встъпилата страна.

от определението за преюдициално запитване, мисля, че тази промяна на подизпълнителя, извършена дори преди изпълнението на първите дейности и без да е доказана и най-малката трудност от техническо или финансово естество, задължително трябва да се предхожда от обявяване на нова процедура за конкурентно възлагане. Следователно според мен, като разрешава тази промяна на подизпълнителя, без да отговаря на наложените от общностното право изисквания за публичност и за конкурентно възлагане, Stadt Frankfurt am Main нарушава задължението за прозрачност.

73. Всъщност, въпреки че в рамките на концесиите действително има по-малко изразходване на обществени средства, отколкото в рамките на обществените поръчки, това не променя обстоятелството, че процедурата за възлагане на концесия за услуги трябва да гарантира на публичните органи, както и на ползвателите, най-добро качество на услугата, при това въз основа на сериозна и прозрачна преценка на различните кандидатури, като се спазва принципът на равно третиране на оферентите.

74. Струва ми се, че ако с оглед на всички доказателства по делото запитващата юрисдикция потвърди този анализ на фактите, то тя би трябвало да изведе всички съответни заключения, които се налагат от такова нарушение.

75. Следователно предлагам на Съда да отговори на запитващата юрисдикция, че ако в рамките на процедура за възлагане на концесия за услуги личността на подизпълнителя е съществен елемент, на който се основава възлагащият орган, за да възложи концесията, задължението за прозрачност изисква от държавите членки да организират нова процедура за конкурентно възлагане, когато концесионерът иска да извърши промяна на подизпълнител дори преди изпълнението на първите дейности и без да посочи основателни причини. Компетентната национална юрисдикция трябва да прецени дали името, известността и техническият опит на подизпълнителя, представен от FES при подаването на неговата оферта, са съществен елемент, на който се е основал Stadt Frankfurt am Main, за да възложи концесията на това предприятие.

2. По обхвата ratione personæ на задължението за прозрачност

76. С петия си въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали с оглед на посочените в акта за преюдициално запитване характеристики предприятие като FES трябва да се приема като „възлагащ орган“ по смисъла на член 1, буква б) от Директива 92/50 или като „публично предприятие“ по смисъла на член 2 от Директива 80/723, което като такова би било длъжно да спазва задължението за прозрачност при възлагането на концесия за услуги.

77. Запитващата юрисдикция се позовава на посочените по-горе директиви, доколкото разпоредбите на вторичното право относно концесиите за услуги не определят с точност образуванията, върху които тежи задължението за прозрачност.

78. Мисля, че липсата на такава правна уредба не е пречка, след като принципите, които са изведени по този въпрос в областта на обществените поръчки, според мен могат да се приложат и за концесиите за услуги.

79. Всъщност струва ми се важно да се приеме еднаква дефиниция на понятието за възлагащ орган, доколкото това понятие трябва да обхваща всички публични образувания, които могат да предоставят извършването на икономически дейности на трето лице, при това независимо от вида на сключения договор, бил той в областта на обществените поръчки или в областта на концесиите на обществени услуги. В това отношение е интересно да се припомни, че приложното поле на Директива 92/50 се определя не според вида на разглежданата операция, а според личността на този, който я предлага, тъй като всички поръчки, възложени от даден възлагащ орган, трябва да бъдат възложени в съответствие с определените в тази директива принципи.

80. В замяна на това, позоваването на понятието „публично предприятие“, включено в член 2 от Директива 80/723, която, ще припомня, е свързана с прозрачността на финансовите отношения между държавите членки и публичните предприятия, ми изглежда далеч не толкова релевантно. Въпреки това, като се имат предвид съображенията, които ще изтъкна при разглеждането на понятието за публичноправна организация, ако счете за необходимо, националната юрисдикция ще може да прецени дали предприятие като FES може да се квалифицира като „публично предприятие“[35].

а) Понятието „публичноправна организация“ по смисъла на Директива 92/50

81. Преди да припомня различните условия, предвидени в Директива 92/50, за да бъде квалифицирано дадено образувание като „възлагащ орган“, в самото начало е интересно да се отбележи, че FES е предприятие със смесен капитал, създадено в рамките на публично-частно партньорство[36]. Stadt Frankfurt am Main притежава 51 % от дяловете на това предприятие.

35 — Условията, предвидени в член 2 от Директива 80/723, за да се квалифицира дадено образувание като „публично предприятие“, са същите като условията, предвидени в член 1 от Директива 92/50, за да се квалифицира дадено образувание като „възлагащ орган“.

36 — В това отношение вж. уебсайта на предприятието: www.fes-frankfurt.de/profil (рубриките „profil“ и „chronik“).

82. Следователно това дело предоставя възможност на Съда да определи дали такова образувание може да представлява „публичноправна организация“ по смисъла на Директива 92/50, която като такава да е длъжна да спазва основните принципи на Договора.

83. Преди този анализ е необходимо да се определи какво включва понятието за публично-частно партньорство.

84. Това партньорство е механизъм, свързващ участие на публичен капитал, обикновено мажоритарно, с миноритарно участие на частен капитал в правна структура, която по принцип се подчинява на общите правила на търговското право. По този начин публичните и частните партньори създават публично-частно образувание, което може да приема формата на дружество със смесен капитал в състояние да изпълнява обществени поръчки или да поеме дадена обществена услуга на местно равнище в рамките на концесия. Така, както посочва Комисията в публикувано наскоро съобщение[37], основната особеност на това сътрудничество, което обикновено има дълготраен характер, е ролята на частния партньор, който участва в различни етапи на съответния проект (планиране, изпълнение и експлоатация), поема рискове, които обикновено публичният сектор понася, и често допринася за финансирането на проекта[38].

85. Това не променя обстоятелството, че по смисъла на практиката на Съда това публично-частно образувание не представлява структура за „вътрешно“ управление на услуга на обществения орган. В този смисъл, когато възлага обществена поръчка или концесия на този вид образувание, възлагащият орган трябва да спазва всички норми, приложими за обществените поръчки и за концесиите, независимо дали произтичат от Договора или от вторичното право[39].

86. Сега следва да се разгледат различните условия, предвидени в член 1, буква б) от Директива 92/50, за да се квалифицира дадено образувание като „публичноправна организация“.

87. Съгласно член 1, буква б), втора алинея от Директива 92/50 публичноправна организация е организация, която притежава правосубектност, създадена е със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер и чиято дейност, финансиране и управителни органи пряко зависят от държавата, регионален

37 — Тълкувателно съобщение на Комисията относно прилагане на общностното право в областта на обществените поръчки и концесии по отношение на институционализирани публично частни партньорства (ИПЧП) от 5 февруари 2008 г. (C(2007)6661).

38 — Стр. 2.

39 — След своето Решение от 11 януари 2005 г. по дело Stadt Halle и RPL Lochau (C-26/03, Recueil, стр. I-1) относно възлагането на обществена поръчка за услуги на дружество със смесен капитал, Съдът приема, че участието, дори миноритарно, на частно предприятие в капитала на дружество, в което участва и разглежданият възлагащ орган, изключва възможността възлагащият орган да упражнява върху това дружество контрол, аналогичен на упражнявания върху собствените си служби (точка 49). Вж. също Решение по дело ANAV, посочено по-горе (точки 30—32 и цитираната съдебна практика).

или местен орган или друга публичноправна организация.

88. Както Съдът приема в постоянната си практика, тези три условия имат кумулативен характер, така че при отсъствие само на едно от тези условия дадена организация не може да бъде квалифицирана като „публичноправна организация“ и следователно като „възлагащ орган“ по смисъла на Директива 92/50[40].

89. Освен това Съдът счита, че понятието за публичноправна организация трябва да бъде тълкувано функционално предвид целта преследвана от общностните директиви в областта на възлагане на обществените поръчки[41].

б) Разглеждане на съставните елементи на публичноправните организации

90. В случая правосубектността на FES не се оспорва. Съмненията се отнасят до другите две изисквания, установени в Директива 92/50.

i) По определената специфична цел на FES да задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер

91. Най-напред, установено е, че FES действително е създадено със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес[42], тъй като от самото си създаване е натоварено с управлението и обезвреждането на отпадъци, както и с почистването на градските площи на територията на Stadt Frankfurt am Main[43]. Безспорно тези дейности са от обществен интерес. Както Съдът вече е приел в Решение по дело BFI Holding[44], тези нужди са част от нуждите, които не могат да бъдат напълно задоволявани от частни предприятия, доколкото се приемат за необходими поради съображения за обществено здраве и закрила на околната среда — причини, които налагат държавата да запази спрямо тях определящо влияние[45].

92. Сега е важно да се провери дали тези нужди от обществен интерес нямат

40 — Вж. Решение от 11 юни 2009 г. по дело Hans & Christophorus Oymanns (C-300/07, Сборник, стр. I-4779, точка 48 и цитираната съдебна практика).

41 — Решение от 10 април 2008 г. по дело Ing. Aigner (C-393/06, Сборник, стр. I-2339, точка 37 и цитираната съдебна практика).

42 — Според установената съдебна практика трябва да става въпрос за нужди, които по съображения от обществен интерес държавата или регионален или местен орган са избрали като цяло да задоволяват сами или по отношение на които възнамеряват да запазят определящо влияние (Решение по дело Ing. Aigner, посочено по-горе, точка 40 и цитираната съдебна практика). Така Съдът признава, че такъв е случаят с производството на официални документи като паспорти, шофьорски книжки или лични карти (Решение от 15 януари 1998 г. по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др., C-44/96, Recueil, стр. I-73), с поддръжката на националните гори (Решение от 17 декември 1998 г. по дело Комисия/Ирландия (C-353/96, Recueil, стр. I-8565), с управлението на университет (Решение от 3 октомври 2000 г. по дело University of Cambridge, C-380/98, Recueil, стр. I-8035) или още с управлението на обществена далекосъобщителна мрежа (Решение по дело Telaustria и Telefonadress, посочено по-горе).

43 — В Решение от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др. (C-470/99, Recueil, стр. I-11617) Съдът признава, че организацията не трябва непременно да е натоварена с тази задача от самото начало.

44 — Решение от 10 ноември 1998 г. (C-360/96, Recueil, стр. I-6821).

45 — Точки 51—53.

промишлен или търговски характер. Този въпрос обаче е по-труден.

93. Съществува богата съдебна практика относно начина, по който следва да се прецени наличието на такива нужди[46]. Според Съда е необходимо да се отчете съвкупността от възможните релевантни юридически и фактически елементи, каквито са обстоятелствата, ръководили създаването на съответната организация, или условията, при които тя упражнява дейността си. В това отношение Съдът уточнява, че е важно да се провери дали въпросната организация упражнява своите дейности в нормални пазарни условия[47]. С тази цел Съдът разглежда състоянието на конкуренцията на пазара на стоки и услуги, за които е създадена организацията. Макар че наличието на конкуренция може да бъде признак за факта, че дадена нужда от обществен интерес има промишлен или търговски характер, този признак не е достатъчен[48]. Необходимо е още да се разгледа дали организацията преследва стопанска цел, дали понася загубите, свързани с упражняването на нейната дейност, и дали получава обществено финансиране за упражняването на разглежданата дейност[49].

46 — Имам предвид по-специално Решение от 10 май 2001 г. по дело Agorà и Excelsior (C-223/99 и C-260/99, Recueil, стр. I-3605), Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Adolf Truley (C-373/00, Recueil, стр. I-1931), Решение от 22 май 2003 г. по дело Korhonen и др. (C-18/01, Recueil, стр. I-5321) и Решение по дело BFI Holding, Mannesmann Anlagenbau Austria и др., посочено по-горе, както и Решение по дело Ing. Aigner, посочено по-горе.

47 — Решение по дело Ing. Aigner, посочено по-горе (точка 41 и цитираната съдебна практика).

48 — В Решение по дело Adolf Truley, посочено по-горе, Съдът приема, че наличието на развита конкуренция само по себе си не позволява да се направи извод, че не е налице нужда от обществен интерес без промишлен или търговски характер (точка 61).

49 — Решение по дело Korhonen и др., посочено по-горе (точки 55—59).

94. Не разполагам с достатъчно доказателства по делото, за да преценя правилно всички тези обстоятелства. Те трябва да бъдат разгледани от запитващата юрисдикция, която единствена познава задълбочено случая. Въпреки това ще отбележа някои релевантни обстоятелства.

95. Що се отнася до обстоятелствата, ръководили създаването на тази организация, струва ми се важно да се имат предвид особеностите на пазара на събиране и третиране на отпадъци — една от дейностите, за които е създадено FES.

96. Пазарът на събиране и третиране на отпадъци претърпява значително развитие, по-специално след въвеждането на по-строга правна уредба на управлението, оползотворяването на отпадъците и предотвратяването на екологични щети. Тази по-строга правна уредба има за пряка последица увеличаването на разходите за събиране и третиране на отпадъци, като същевременно прави дейността по-сложна и по-техническа. Поради тези усложнения повечето местни органи предпочитат да възложат тази дейност на специализирани предприятия, които получават пълната възможност да се възползват от развитието на този пазар.

97. Следователно тези обстоятелства ме карат да мисля, че създаването на това образуване не е обосновано от търсенето на печалба. Макар наистина посочената дейност да генерира големи печалби, това не променя обстоятелството, че във всеки случай търсенето на тези печалби не е основната цел на създаването на FES. Посочените обстоятелства се отнасят a fortiori за дейностите по почистване на градските площи, които, обратно на дейностите по събиране и третиране на отпадъци, в по-малка степен са свързани с оползотворяване.

98. Що се отнася до условията, при които FES упражнява своята дейност, и по-специално състоянието на конкуренцията в областта на събирането и третирането на отпадъци, както и в областта на почистването на градските площи, запитващата юрисдикция би трябвало да провери дали FES се развива на конкурентен пазар, в който участват истински конкуренти, или напротив, се намира във фактически квазимонополно положение, например поради обстоятелството, свързано със статута му на „исторически оператор“[50] или с наличието на бариери пред влизането на пазара. Липсата на истинска конкуренция не е необходимо условие за квалифицирането на FES като публичноправна организация, но би могло да представлява признак в подкрепа на факта, че FES участва в удовлетворяването на нужда от обществен интерес, която няма промишлен или търговски характер.

99. Освен това фактът, че освен задачата си от обществен интерес FES изпълнява и други дейности със стопанска цел, е ирелевантен за разрешаването на спора по главното производство. Всъщност Съдът приема, че качеството на публичноправна организация не зависи от относителния дял на работата, свързана със задоволяването на нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер, в дейността на разглежданата организация. Ако предприятието продължава да осигурява тези нужди, според Съда няма значение фактът, че предприятието упражнява други дейности със стопанска цел, нито какъв е делът на тези дейности в общия оборот на предприятието[51].

100. От друга страна, макар от правна гледна точка FES да не се различава много от акционерно дружество на частни оператори, доколкото то понася икономическите рискове от своята дейност и също може да бъде обявено в несъстоятелност, от определението за преюдициално запитване следва, че Stadt Frankfurt am Main не би позволил да се стигне до такова положение. Освен това ще отбележа, че този орган събира от гражданите местна такса с цел да рефинансира сумите, заплащани на FES за обезвреждането на отпадъци и почистването на улици.

50 — Ще уточня, че според уебсайта на FES това предприятие произлиза от Градската служба за управление на отпадъците и почистване на градските площи.

51 — Решение по дело Mannesmann Anlagenbau Austria и др., посочено по-горе (точки 25, 26 и 31), Решение по дело BFI Holding, посочено по-горе (точки 55 и 56), както и Решение по дело Ing. Aigner, посочено по-горе (точка 47 и цитираната съдебна практика).

101. С оглед на изложеното по-горе съм склонен да мисля, че FES е създадено със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер.

102. Въпреки това, за да се определи точното естество на нуждите, осигурявани от това предприятие, запитващата юрисдикция, която единствена разполага с релевантните доказателства, трябва да прецени условията, при които FES упражнява дейността си, и по-специално състоянието на конкуренцията в областите, за които е създадено това предприятие.

ii) По условието за пряка зависимост на организацията от държавата, регионален или местен орган или други публичноправни организации

103. Ще припомня, че съгласно член 1, буква б), втора алинея, трето тире от Директива 92/50 това условие включва следните три алтернативни критерия:

— или дейността да е финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации,

— или да е обект на управленски контрол от последните,

— или да има управителен, ръководен или надзорен орган, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации.

104. Установено е, че Stadt Frankfurt am Main притежава 51 % от капитала на FES, т.е. по-голямата част от него. Макар че това участие действително може да породи презумпция за господстващо влияние на органа на публична власт върху предприятието, не е ясно дали това влияние се отразява на правилата за функционирането и управлението му.

105. Най-напред ще разгледам правилата за управление на това предприятие, доколкото Stadt Frankfurt am Main разполага с право на вето в общото събрание, което според правилата, при които се упражнява, може да предостави на органа фактически контрол върху управлението на предприятието.

— По критерия, свързан с контрола върху управлението на разглежданата организация

106. Съгласно постоянната съдебна практика този критерий се отнася до случая, в който дадена организация се намира в положение на зависимост от публични органи, еквивалентно на положението, което възниква, когато е изпълнен един от другите два алтернативни критерия. Тази зависимост трябва да позволява на публичните органи да влияят върху решенията на тази организация в областта на обществените поръчки[52] или, по аналогия, в областта на концесиите.

107. Решение по дело Adolf Truley, посочено по-горе, е пример за случай, в който Съдът приема, че този критерии е удовлетворен. В това дело контролната служба на обществения орган е оправомощена да проверява не само годишния баланс на разглежданата организация, но и текущото ѝ управление от гледна точка на надлежната счетоводна отчетност, надеждността, доброто стопанисване, ефективността и целесъобразността. От друга страна, на службата е разрешено да посещава работните помещения и съоръженията на тази организация и може да докладва за резултатите от проверките на компетентните органи, както и на акционерите на дружеството и на органа. Ето защо според Съда такива правомощия позволяват активен контрол на обществения орган върху управлението на посочената организация.

52 — Вж. Решение по дело Adolf Truley, посочено по-горе (точка 69 и цитираната съдебна практика).

108. В рамките на настоящото дело запитващата юрисдикция трябва да вземе предвид всички фактически и правни обстоятелства, които биха могли да позволят на Stadt Frankfurt am Main да упражнява господстващо влияние върху дейността на FES. В случая мисля, че тази юрисдикция би трябвало да разгледа правилата, при които този орган упражнява произтичащото от мажоритарното му акционерно участие право на вето в общото събрание на предприятието. В това отношение запитващата юрисдикция трябва да разгледа обхвата на това право, като вземе предвид решенията, по отношение на които то може да се упражнява, и като разгледа възможните ограничителни условия за неговото използване.

109. Всъщност макар че органът не може да налага решения[53], това не променя обстоятелството, че той може да осъществява изключителен контрол върху FES, ако може да се противопоставя на стратегическите решения на предприятието относно търговската му политика, назначаването на управителите, бюджета или бизнес плана. Ако запитващата юрисдикция установи, че като упражнява право си на вето, Stadt Frankfurt am Main може да се противопоставя на важните решения за търговската стратегия на FES и да блокира процеса на вземане на решения от предприятието, това ще означава, че Stadt Frankfurt am Main разполага с господстващо влияние върху управлението на FES и следователно с фактически контрол.

53 — Ще отбележа, че общото събрание на FES може да взема решения само с мнозинство от три четвърти. След като Stadt Frankfurt am Main притежава 51 % от капитала на това предприятие, това участие не е достатъчно, за да му позволи сам да приема решения в рамките на събранието.

110. При това положение, за да определи в каква степен управлението на FES е под контрола на Stadt Frankfurt am Main, запитващата юрисдикция трябва да прецени дали този орган на местната власт може да упражнява господстващо влияние върху управлението на предприятието чрез правото на вето, с което разполага качеството на мажоритарен акционер.

111. Ако приеме, че правото на вето не позволява на Stadt Frankfurt am Main да контролира управлението на това предприятие, запитващата юрисдикция ще трябва да разгледа другите два критерия.

— По критерия, свързан с финансирането в по-голямата част от регионалните или местните органи

112. Съдът определя обхвата на това условие в Решение по дело University of Cambridge, посочено по-горе. Според него единствено престациите, които финансират или поддържат дейността на съответната структура посредством финансова помощ, предоставяна без конкретна насрещна престация, могат да бъдат квалифицирани като „обществено финансиране“. В замяна на това, сумите, които възлагащият орган заплаща като възнаграждение за изпълнението на договорни задължения, не попадат в тази категория[54].

113. Съдът посочва също, че изразът „в по-голямата част“ трябва да се тълкува като означаващ „повече от половината“, че при изчисляването на процента на обществено финансиране трябва да се вземат предвид всички приходи, които получава въпросната организация, включително приходите от търговска дейност, и че изчислението трябва да се извършва на годишна база.

114. В случая от определението за преюдициално запитване следва, че повече от половината от годишния оборот на FES се формира от двустранни договори със Stadt Frankfurt am Main за събиране и третиране на отпадъците, както и за почистване на градските площи. Следователно сумите, които този орган заплаща, са възнаграждение за изпълнението на договорните задължения на FES, като, разбира се, посоченият орган има икономически интерес от тяхното изпълнение. Макар че такова договорно отношение действително може да породи зависимост на FES от органа, според Съда тази зависимост е от различно естество в сравнение

54 — Точки 21 и 24. В това дело общественото финансиране се състои от студентските стипендии и от субсидиите, заплащани за насърчаване на научноизследователската дейност на университета, а не от сумите, които държавата плаща като възнаграждение за предоставени от университета услуги.

с чистото предоставяне на съдействие и трябва да бъде приравнена на зависимостта, съществуваща в рамките на нормалните търговски отношения[55].

115. Следователно с оглед на изложеното по-горе смятам, че плащанията от Stadt Frankfurt am Main за FES не са обществено финансиране по смисъла на посочената по-горе съдебна практика.

— По критерия, свързан със състава на управителния, ръководния или надзорния орган

116. Определението за преюдициално запитване не уточнява състава и начина на назначаване на членовете на управителния съвет и изпълнителните директори на FES. Запитващата юрисдикция само посочва, че Stadt Frankfurt am Main определя една четвърт от членовете на надзорния съвет, както и неговия председател, който в случай на равенство на гласовете разполага с решаващ глас[56]. Следователно това не е достатъчно, за да се приеме, че този критерий е удовлетворен.

117. Предвид всичко изложено по-горе мисля, че публично-частно дружество като FES, създадено в рамките на партньорство със Stadt Frankfurt am Main, представлява „публичноправна организация“ по смисъла на член 1, буква б), втора алинея от Директива 92/50, когато се докаже, от една страна, че това образувание задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер, и от друга страна, че управителният съвет и изпълнителните му директори пряко зависят от органа на публична власт.

118. Посоченото образувание отговаря на нужди от обществен интерес по смисъла на член 1, буква б), втора алинея, първо тире от Директива 92/50, когато осигурява събирането и третирането на отпадъци, както и почистването на градските площи на територията на съответната

55 — Решение по дело University of Cambridge, посочено по-горе (точка 25).

56 — Както показва името му, задачата на този съвет е да упражнява контрол и надзор върху управлението на дружеството. Много често надзорният съвет е в състояние да осигури контрол за целесъобразност, както и за законосъобразност, по-специално като извършва проверките, които счита за необходими, или като представя на общото събрание становището си по годишните финансови отчети на дружеството. Той може да притежава и особени правомощия, които да му позволяват например да определя членовете на управителния съвет или неговия председател или пък да дава съгласие за прехвърляне на дялово участие. По принцип председателят на надзорния съвет изпълнява два вида функции, свързани обикновено със свикването на съвета и ръководенето на разискванията. Ролята и функциите на надзорния съвет са определени от закона и кодифицирани в устава на дружеството, с който не разполагам (вж. Cozian, M., A. Viandier, et F. Deboissy. Droit des sociétés. 17. ed., Litec, Paris, 2004, p. 286, 287).

административно-териториална единица. За да провери дали тези нужди нямат промишлен или търговски характер, компетентната национална юрисдикция трябва да прецени условията, при които FES упражнява дейността си, и по-специално състоянието на конкуренцията в тези сектори.

119. Такова образувание е в пряка зависимост от органа на публична власт по смисъла на член 1, буква б), втора алинея, трето тире от Директива 92/50, когато неговото управление и неговите управителни, ръководни или надзорни органи се контролират от въпросния орган. За да определи в каква степен управлението на FES е контролирано от Stadt Frankfurt am Main, компетентната национална юрисдикция трябва да прецени дали чрез правото си на вето в общото събрание или чрез определянето на състава на посочените органи на предприятието органът на публична власт може да си осигури активен контрол върху управлението на това образувание и по този начин да влияе върху неговите решения в областта на възлагането на концесиите за услуги.

В — *По правомощието на националния съд да дава разпореждания в случай на нарушение на задължението за прозрачност*

120. С първия и четвъртия си въпрос Landgericht Frankfurt am Main пита Съда относно правилата за съдебния контрол върху решенията, които са приети в рамките на концесии за услуги. По-специално запитващата юрисдикция иска да установи дали при обстоятелства като разглежданите в главното производство общностното право изисква от държавите членки да предоставят на националната юрисдикция правомощие за даване на разпореждания до страните, които са сключили договор за концесия в нарушение на задължението за прозрачност.

121. В настоящото дело ищецът не оспорва решението, с което Stadt Frankfurt am Main възлага концесията за услуги на FES. Той обаче оспорва решението, с което на основание член 30, IV от договора за концесия администрацията разрешава промяна на подизпълнител по време на изпълнението на договора. Според ищеца по този начин Stadt Frankfurt am Main нарушил задължението за прозрачност, като допуснал съществено изменение на посочения договор, без да са удовлетворени наложените от общностното право изисквания за публичност и за конкурентно възлагане.

122. Следователно този съдебен спор не се отнася само до сключването на договора за концесия, а и до неговото изпълнение. Ищецът иска от националния съд да предотврати ново нарушаване на задължението за прозрачност, като задължи администрацията да не разрешава промяна на подизпълнителя, що се отнася до

доставката и сервизното обслужване на обществените тоалетни, които трябва да се монтират на гарите Kornmarkt, Galluswarte и Rödelheim. Също така ищецът иска съдът да задължи FES да не сключва нов договор за подизпълнение за посочените по-горе дейности. С цел да регулира условията за изпълнение на концесията за услуги ищецът иска още от националния съд да задължи администрацията и ако е необходимо — FES, да прекратят договорите, сключени в нарушение на задължението за прозрачност.

123. За да се отговори на поставените от запитващата юрисдикция въпроси, е необходимо да се припомни при какви условия националната юрисдикция е длъжна да гарантира защитата на правата, които страните в процеса черпят от общностното право.

1. Предварителни бележки

124. В действащото общностно право засега не е уреден начинът, по който държавите членки трябва да осигурят изпълнението на съдебните решения и да санкционират нарушенията на задължението за прозрачност, извършени в рамките на изпълнението на концесия за услуги. Следователно, за да се прецени в каква степен държавите членки са длъжни да предоставят на националните си съдилища правомощие за даване на разпореждания, е необходимо да се позовем на принципите, които ръководят общностния правен ред, и по-специално на принципа на предимството на общностното право и на принципа на процесуалната автономия на държавите членки.

125. Принципът на предимството на общностното право задължава държавите членки ефикасно да санкционират нарушенията на задължението за прозрачност, извършени в рамките на процедура за възлагане на концесия за услуги.

126. Ще припомня, че всъщност задължението за прозрачност представлява конкретен и специфичен израз на основен принцип на правото, чието спазване обвързва държавите членки, когато те действат в приложното поле на общностното право. Такова задължение създава права за страните в процеса, за които националният съд трябва да е в състояние да осигури ефикасна съдебна защита. Следователно последният трябва да е в състояние да гарантира точното изпълнение на своето съдебно решение и да може да наложи ефикасни, пропорционални и възпиращи санкции, за да осигури пълната ефикасност на общностното право.

127. Това е отправната точка за по-нататъшния ми анализ.

128. В замяна на това, според мен в отсъствието на общностна правна уредба принципът на процесуалната автономия на държавите членки изисква те да отговарят за определянето на правомощията, с които да разполага националният съд, за да осигури изпълнението на своите съдебни решения и да санкционира нарушенията на задължението за прозрачност при възлагане на договор за концесия. Струва ми се, че такова препращане към националните процесуални норми на държавите членки, които би трябвало, разбира се, да зачитат принципите на равностойност и на ефективност, съответства в по-голяма степен на постоянната практика на Съда, която е съобразена с процесуалната автономия на държавите членки.

129. От тази съдебна практика следва, че в отсъствието на общностна правна уредба в националния правен ред на всяка държава членка следва да се определят компетентните юрисдикции и да се уредят националните процесуални правила за съдебно обжалване, предназначени да гарантират защитата на правата, които страните в процеса черпят от общностното право, като се има предвид, че тези правила не следва да са по-неблагоприятни от тези, които уреждат аналогични вътрешноправни съдебни производства (принцип на равностойност), нито да направят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на правата, предоставени от общностния правен ред (принцип на ефективност)[57].

57 — Решение от 15 април 2008 г. по дело Impact (C-268/06, Сборник, стр I-2483, точки 44 и 46—48, както и цитираната съдебна практика).

130. Именно в светлината на тези съображения следва да се отговори на въпросите на запитващата юрисдикция.

2. Съображения

131. С първия, втория и четвъртия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска от Съда да установи дали задължението за прозрачност трябва да се тълкува в смисъл, че държавите членки са длъжни да предоставят на националния съд правомощие за даване на разпореждания до страните по спора, за да се осигури спазването на това задължение. Запитващата юрисдикция иска също така да се установи дали националният съд е длъжен да задължи страните да прекратят договора, сключен в нарушение на посоченото задължение[58].

58 — Този четвърти преюдициален въпрос е формулиран така, че не става ясно дали посоченият от запитващия съд договор е договорът за концесия за услуги, сключен между Stadt Frankfurt am Main и FES, или е договорът за подизпълнение, сключен след това между концесионера и DSM. Всъщност от определението за преюдициално запитване следва, че ищецът не оспорва решението, с което Stadt Frankfurt am Main възлага концесията на FES. Следователно ищецът не иска прекратяване на договора за концесия, сключен с последното предприятие. В замяна на това ищецът оспорва решението, с което Stadt Frankfurt am Main на основание член 30, IV от договора за концесия разрешава промяната на подизпълнителя. Със своя иск пред националния съд по-същество ищецът цели да се обяви за нищожен договорът за подизпълнение между FES и DSM. Що се отнася до запитващата юрисдикция, в определението си тя поддържа, че Stadt Frankfurt am Main е длъжен да прекрати договора за концесия за услуги, чието изменение е допуснал. При съществуващото съмнение ще приема, че този въпрос се отнася и до двете хипотези.

132. Правомощието за даване на разпореждания е възможността на съда да задължава една страна — евентуално чрез принуда — да извърши определено от него действие или да се въздържа от извършването му. Така сезираният със спор съдия може да нареди на частноправен субект или на администрацията да вземат мерки в определена посока, когато съдебното решение по необходимост налага една от страните по спора да вземе тази мярка. Това правомощие съставлява полезен способ за осигуряване изпълнението на съдебните решения и за справяне с трудностите и с отказа за изпълнение на решение, което има сила на пресъдено нещо.

133. Към момента общностното право не урежда принципа, според който националният съд може да издава разпореждания. Освен това този принцип не се прилага еднакво в държавите членки, по-специално когато разпореждането следва да се отправи до администрацията.

134. В Германия, както и в Обединеното кралство, е утвърдено правомощието на съда да дава разпореждания до администрацията. Германският съд разполага с общо правомощие за даване на разпореждания до администрацията. По същия начин британският съд може да отправи разпореждания за действие или за бездействие до всички административни органи, с изключение на правителството и на непосредствените му сътрудници. Въпросът се е разисквал по-дълго от френските административни съдилища поради традиционната концепция за разделението на властите. След приемането на Закона от 8 февруари 1995 г.[59] днес тази концепция е предмет на множество изключения.

135. Както отбелязах, при действащото общностно право именно в рамките на националния си правен ред и в съответствие с принципите на равностойност и на ефективност държавите членки трябва да определят необходимостта да се предостави правомощие за даване на разпореждания и евентуално условията за това. Когато вземат решение по този въпрос, държавите членки трябва да се основават на принципите, които изграждат основите на националната съдебна система. Те трябва да преценят в каква степен това правомощие за даване на разпореждания се вписва в съвкупността от съществуващи способи за правна защита и трябва да имат предвид правомощията, които вече са предоставени на националния съд. В рамките на тази преценка държавите членки трябва да следят за гарантирането на точното изпълнение на съдебните решения, които са постановени във връзка със съществуването на правата, предявени на основание на общностното право. Преследвайки тази цел, държавите членки трябва да се стремят да гарантират пълната ефикасност на общностното право и да осигурят защитата на правата, които то предоставя на субектите на правото.

59 — Закон № 95—125 относно организацията на съдилищата и на гражданското, наказателното и административното производство (JORF от 9 февруари 1995 г.). Вж. членове L-911—1—L-911—3 от Административнопроцесуалния кодекс.

136. В това отношение, ако не е предвидено в общностното право, задължаването на една от страните да прекрати даден договор може да се явява най-добрият начин, по който да се осигури ефикасността на общностното право и защитата на правата на страните в процеса. Така може да е например когато става въпрос за особено тежко нарушение на разпоредбите на общностното право като разпоредбите, изискващи подходяща публичност или конкуренция на оферентите преди възлагането. В това отношение можем да ръководим от разпоредбите, приети в тази връзка от общностния законодател във въведения с Директива 2007/06 член 2г[60].

137. В определението за преюдициално запитване Landgericht Frankfurt am Main поддържа, че Stadt Frankfurt am Main е длъжен да прекрати договора за концесия за услуги, чието изменение е допуснал.

138. За да подкрепи гледната си точка, запитващата юрисдикция твърди, че принципите, изведени от общностния законодател в член 2 от Директива 89/665 и потвърдени от Съда в Решение по дело Комисия/Германия[61], са приложими по аналогия към процедурите по възлагане на концесии за услуги.

139. Сезиран на основание член 228 ЕО, Съдът с това решение осъжда Федерална република Германия за това, че не е прекратила договор за обезвреждане на отпадъците на град Brunswick (Германия), сключен в нарушение на Директива 92/50. Федерална република Германия се позовава на член 2, параграф 6, втора алинея от Директива 89/665, за да поддържа, че обезщетенията, които може да получи ощетеното предприятие, са достатъчни, за да се санкционира нарушението, извършено от възлагащия орган. Съдът не приема това виждане. Според него тази разпоредба урежда съществуващите отношения между държава членка и нейните граждани, но не урежда отношенията между държава членка и Общността и следователно не позволява на държавата членка да избегне своята собствена отговорност по общностното право. Следователно, оставяйки в сила разглеждания договор, нарушението на Федерална република Германия продължава да съществува и има опасност накърняването на свободното предоставяне на услуги да продължи през цялото време на изпълнението на договора. Следователно според Съда прекратяването на договора

60 — Съгласно тази разпоредба даден договор се смята изцяло или частично за недействителен, когато е сключен без предварително публикуване на обявление за обществена поръчка в *Официален вестник на Европейския съюз* или когато ощетеният оферент не е имал възможност да потърси преддоговорна правна защита, или при доста особения случай на поръчки, основани на рамково споразумение или на динамична система на покупки, предвидени в Директива 2004/18. Въпреки това въведеният с Директива 2007/66 член 2д позволява на държавите да използват алтернативни санкции, имайки предвид по-специално сериозността на нарушението, поведението на възлагащия орган и при необходимост обхвата на отменяне на договорните задължения. Тези санкции може да са глоби или съкращаване на продължителността на договора.

61 — Решение от 18 юли 2007 г. (C-503/04, Сборник, стр. I-6153, точки 29—36).

се налага не само за да се гарантира точното изпълнение на съдебно решение, установяващо дадено нарушение, а и за да се осигури спазването на общностното право.

140. За разлика от запитващата юрисдикция аз не мисля, че принципите, изведени в рамките на съдебните спорове по обществени поръчки, могат чисто и просто да се транспонират към съдебните спорове във връзка с концесии за услуги. Причините са две.

141. На първо място, ще припомня, че що се отнася до процедурите за възлагане на концесии за услуги, държавите членки отказват да уредят тази материя по законодателен ред, което контрастира с наличието на множество разпоредби относно възлагането на обществени поръчки. Ето защо според мен не може да се пренебрегне отсъствието на общностна правна уредба в тази област и да се приложат по аналогия точните и обвързващи норми, предвидени в Директива 89/665.

142. На второ място, струва ми се, че трудно би могло изводите, които следва да се направят от нарушението на задължението за прозрачност, да са едни и същи както когато става въпрос за обществена поръчка, така и когато става въпрос за концесия за обществени услуги. Всъщност във втория случай целта на санкциите не трябва да е единствено да се осигури спазването на законността или да се санкционира неправомерното поведение на възлагащия орган. Освен това — и може би най-вече — тяхната цел е да осигурят изпълнението на обществените услуги и да съхранят обществения интерес, за чието задоволяване способства договорът.

143. В този смисъл, ако трябва да осигури именно пълната ефикасност на общностното право, разпореждането трябва да зависи от преценката на националния съд според конкретния случай. Неговият предмет трябва да може да се прецени, като се вземат предвид всички релевантни обстоятелства по дадено дело, каквито са поведението на възлагащия орган, естеството на допуснатата незаконосъобразност и всички интереси, които могат да бъдат увредени, и по-специално обществения интерес.

144. Що се отнася до настоящото дело, принципът, според който националният съд може да отправи разпореждане, е утвърден в Германия. От определението за преюдициално запитване следва, че националният съд може да упражни това правомощие на основание член 1004, параграф 1 от германския граждански кодекс

(Bürgerliches Gesetzbuch, наричан по-нататък „BGB“)[62] при две хипотези:

— когато лицето е претърпяло вреди поради посегателство срещу законните му интереси, каквито са животът, телесната неприкосновеност и личността, здравето, свободата или правото на собственост, или

— когато лицето е претърпяло вреди поради нарушение на „защѝтен закон“ по смисъла на член 823, параграф 2 от BGB.

145. В рамките на настоящия спор запитващата юрисдикция трябва да провери дали националното процесуално право, и в случая член 823, параграф 2 от BGB, позволява на компетентната юрисдикция да отправи разпореждане до администрацията, когато последната нарушава задължението за прозрачност, и да я задължи да прекрати договора с FES и да не допуска отново промяна на подизпълнителя[63].

146. С тази цел тя трябва първо да прецени дали по смисъла на посочената разпоредба това задължение представлява „защѝтен закон“. Както запитващата юрисдикция разяснява в съображенията към втория си преюдициален въпрос, такъв ще е случаят, ако посоченото задължение представлява принцип на обичайното право.

147. Ще припомня на запитващата юрисдикция, че задължението за прозрачност е израз на общия принцип на равно третиране. Последният принадлежи към основните принципи на общностното право и негов пряк източник са разпоредбите на Договора[64]. Той създава права в полза на частноправните субекти и обвързва всички органи на държавите членки, когато прилагат общностни разпоредби. Следователно те са длъжни, доколкото е възможно, да прилагат това право по начин, който не противоречи на изискванията, произтичащи от защитата на основните права в общностния правен ред. Следователно в рамките на настоящото дело национална юрисдикция ще

62 — Тази разпоредба гласи:
„Когато е налице посегателство върху правото на собственост без отнемане на владението или държането, собственикът може да иска прекратяване на въпросното посегателство от лицето, което го извършва. Ако има основание да се опасява от ново посегателство, собственикът може да поиска издаване на разпореждане за въздържане от действия, които биха съставлявали такова посегателство.“
От определението за преюдициално запитване следва, че посочената разпоредба е била прилагана по аналогия към други посегателства (и по-специално посегателства върху живота, телесната неприкосновеност, личността, здравето и свободата) и някои видове неправомерно поведение.

63 — Вж. по-специално Решение по дело Rodríguez Caballero, посочено по-горе (точка 30 и цитираната съдебна практика), Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Santex (C-327/00, Recueil, стр. I-1877, точки 62 и 63), както и Решение от 13 март 2007 г. по дело Unibet (C-432/05, Сборник, стр. I-2271, точка 44).

64 — Вж. Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе (точки 48 и 49).

трябва да тълкува, доколкото е възможно, националните норми, предоставящи на националния съд правомощие за даване на разпореждания, така че да осигури пълната ефикасност на общностното право и да гарантира защитата на правата, които ищецът черпи от него.

148. Ако приеме, че по смисъла на член 823, параграф 2 от BGB задължението за прозрачност действително представлява „защѝтен закон“, запитващата юрисдикция трябва да се увери, че условията, при които националният съд може да отправи разпореждане в случай на нарушение на задължението за прозрачност, са еквивалентни на тези, които са предвидени в рамките на спор, основан на нарушение на националното право. Тя ще трябва също да се увери, че тези условия не правят практически невъзможно или прекомерно трудно упражняването на правата, предоставени от общностния правен ред.

149. В рамките на настоящия спор целта е да се гарантира пълна ефикасност на общностното право, като ефикасно се санкционират нарушенията на задължението за прозрачност и като се предотврати неговото неминуемо нарушение чрез ново противоправно прилагане на клаузата за подизпълнение, включена в член 30, IV от договора за концесия.

150. Именно с оглед на тази цел запитващата юрисдикция ще трябва да прецени дали е необходимо да задължи Stadt Frankfurt am Main и ако е необходимо — FES, да прекратят договорите, сключени в нарушение на общностното право. В това отношение и както следва от определението за преюдициално запитване, Landgericht Frankfurt am Main смята, че нарушението на задължението за прозрачност може да съставлява сериозно основание за прекратяването на договора за концесия по смисъла на член 314 от BGB[65].

151. Отново като се има предвид тази цел, запитващата юрисдикция ще трябва да прецени дали е необходимо — в условия като тези по спора в главното производство — да задължава администрацията и FES да не извършват промяна на подизпълнителя, що се отнася до доставката и сервизното обслужване на обществените тоалетни, които трябва да се монтират на гарите Kornmarkt, Galluswarte и Rödelheim.

152. Следователно предлагам на Съда да отговори на запитващата юрисдикция, че когато компетентната национална юрисдикция установи нарушение на задължението за

65 — Съгласно тази разпоредба „[а]ко има сериозно основание за това, всяка страна може да прекрати безсрочен договор, без да е длъжна да спази срок за предизвестие. Сериозно основание е налице, когато с оглед на обстоятелствата в конкретния случай и след като се претеглят интересите на двете страни, не би било разумно да се очаква от страната, която прекратява договора, да поддържа договорните отношения до края на уговорения срок или до изтичането на срока на предизвестие“.

прозрачност в рамките на процедура за възлагане на концесия за услуги, действащото общностно право не изисква от държавите членки да предоставят на тази юрисдикция правомощие за даване на разпореждания до страните. При спазване на общностните принципи на равностойност и на ефективност в националния правен ред на всяка държава членка трябва да се определят процесуалните правила, които да позволяват на компетентния национален съд да осигури пълната ефикасност на общностното право и точното изпълнение на съдебното решение, постановено във връзка със съществуването на правата, предявени на основание на това право.

VI — Заключение

153. С оглед на изложените по-горе съображения предлагам на Съда да отговори на поставените му от Landgericht Frankfurt am Main преюдициални въпроси по следния начин:

„1) Ако в рамките на процедура за възлагане на концесия за услуги личността на подизпълнителя е съществен елемент, на който се основава възлагащият орган, за да възложи концесията, задължението за прозрачност изисква от държавите членки да организират нова процедура за конкурентно възлагане, когато концесионерът иска да извърши промяна на подизпълнител дори преди изпълнението на първите дейности и без да посочи основателни причини. Компетентната национална юрисдикция трябва да прецени дали името, известността и техническият опит на подизпълнителя, представен от Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH при подаването на неговата оферта, са съществен елемент, на който се е основал Stadt Frankfurt am Main, за да възложи концесията на това предприятие.

2) Публично-частно дружество като Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, създадено в рамките на партньорство със Stadt Frankfurt am Main, представлява „публичноправна организация“ по смисъла на член 1, буква б) от Директива 92/50/ЕИО на Съвета от 18 юни 1992 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за услуги, изменена с Директива 2001/78/ЕО на Комисията от 13 септември 2001 година, когато се докаже, от една страна, че това образувание задоволява нужди от обществен интерес, които нямат промишлен или търговски характер, и от друга страна, че управителният съвет и изпълнителните му директори пряко зависят от органа на публична власт.

Посоченото образувание отговаря на нужди от обществен интерес по смисъла на член 1, буква б), втора алинея, първо тире от Директива 92/50, когато осигурява събирането и третирането на отпадъци, както и почистването на градските площи на територията на съответната административно-териториална единица. За да провери дали тези нужди нямат промишлен или търговски характер, компетентната национална юрисдикция трябва да прецени условията, при които Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH упражнява своята дейност, и по-специално състоянието на конкуренцията в тези сектори.

Такова образувание е в пряка зависимост от органа на публична власт по смисъла на член 1, буква б), втора алинея, трето тире от изменената Директива 92/50, когато неговото управление и неговите управителни, ръководни или надзорни органи се контролират от въпросния орган. За да определи в каква степен управлението на Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH е контролирано от Stadt Frankfurt am Main, компетентната национална юрисдикция трябва да прецени дали, чрез правото си на вето в общото събрание или чрез определянето на състава на посочените органи на предприятието, органът на публична власт може да си осигури активен контрол върху управлението на това образувание и по този начин да влияе върху решенията му в областта на възлагане на концесиите за услуги.

3) Когато компетентната национална юрисдикция установи нарушение на задължението за прозрачност в рамките на процедура за възлагане на концесия за услуги, действащото общностно право не изисква от държавите членки да предоставят на тази юрисдикция правомощие за даване на разпореждания до страните. При спазване на общностните принципи на равностойност и на ефективност в националния правен ред на всяка държава членка трябва да се определят процесуалните правила, които да позволяват на компетентния национален съд да осигури пълната ефикасност на общностното право и точното изпълнение на съдебното решение, постановено във връзка със съществуването на правата, предявени на основание на това право."