DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

10. september 2009 *

I sag C-206/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Thüringer Oberlandesgericht (Tyskland) ved afgørelse af 8. maj 2008, indgået til Domstolen den 19. maj 2008, i sagen:

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

mod

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

procesdeltagere:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Processprog: tysk.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas, og dommerne J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer), J. Klučka, P. Lindh og A. Arabadjiev,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 23. april 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) ved Rechtsanwälte S. Wellmann og P. Hermisson

— Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH ved Rechtsanwalt U.-D. Pape

— Stadtwirtschaft Gotha GmbH ved Rechtsanwältin E. Glahs

— Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL) ved Rechtsanwälte S. Gesterkamp og S. Sieme

— den tyske regering ved M. Lumma og J. Möller, som befuldmægtigede

— den tjekkiske regering ved M. Smolek, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved P. Oliver, D. Kukovec og C. Zadra, som befuldmægtigede, bistået af Rechtsanwalt B. Wägenbaur,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af begrebet »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« som omhandlet i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (EUT L 134, s. 1).

2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (et konsortium for vandforsyning og bortledning af spildevand i byen Gotha og de kommuner, som henhører under denne bys administrative distrikt, herefter »WAZV Gotha«) og Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (en virksomhed, som renser og bortleder spildevand, herefter »Eurawasser«) vedrørende tildeling af den offentlige tjenesteydelse, som består i drikkevandsforsyning og bortledning af spildevand.

Retsforskrifter

3 Artikel 1, stk. 2, litra a) og d), i direktiv 2004/17 bestemmer:

»2. a) Ved »vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en eller flere ordregivere, der er omhandlet i artikel 2, stk. 2, og en eller flere entreprenører, leverandører, eller tjenesteydere.

[…]

d) Ved »tjenesteydelseskontrakter« forstås kontrakter, bortset fra bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, som vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag XVII.

[…]«

4 Dette direktivs artikel 1, stk. 3, litra b), bestemmer:

»Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen, eller i denne ret sammen med betaling af en pris.«

5 Direktivets artikel 2 fastsætter:

»1. I dette direktiv forstås ved:

a) »ordregivende myndigheder«: staten, lokale myndigheder, offentligretlige organer eller sammenslutninger bestående af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere sådanne offentligretlige organer.

[…]

2. Dette direktiv gælder for ordregivere:

a) der er ordregivende myndigheder eller offentlige virksomheder, og som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i artikel 3-7.

[…]«

6 Artikel 4 i direktiv 2005/17 bestemmer:

»1. Dette direktiv gælder også for følgende former for virksomhed:

a) tilrådighedsstillelse eller drift af faste net til betjening af offentligheden i forbindelse med produktion, transport eller distribution af drikkevand, eller

b) forsyning af disse net med drikkevand.

2. Dette direktiv gælder også for kontrakter eller projektkonkurrencer, der indgås eller afholdes af ordregivere, som udøver en af de former for virksomhed, der er omhandlet i stk. 1, og som:

[…]

b) vedrører bortledning eller rensning af spildevand.

[…]«

7 Direktivets artikel 18 bestemmer:

»Dette direktiv finder ikke anvendelse på koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder eller tjenesteydelser, der tildeles af ordregivere, som udøver en eller flere af de aktiviteter, der er omhandlet i artikel 3-7, når disse koncessionskontrakter indgås med henblik på udøvelsen af disse aktiviteter.«

8 Direktivets artikel 31 bestemmer:

»Kontrakter, hvis genstand er de i bilag XVII A anførte tjenesteydelser, indgås i overensstemmelse med artikel 34-59.«

9 Samme direktivs artikel 32 bestemmer:

»Indgåelsen af kontrakter, hvis genstand er de i bilag XVII B anførte tjenesteydelser, er kun underlagt bestemmelserne i artikel 34 og 43.«

10 I medfør af artikel 17 i direktiv 2004/17 skulle medlemsstaterne sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme dette direktiv senest den 31. januar 2006.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

11 Det fremgår af sagen, at WAZV Gotha er et konsortium af kommuner, som det i henhold til visse bestemmelser i tysk ret påhviler at forestå drikkevandsforsyning og bortledning af spildevand for den befolkning, som er bosat på dens område.

12 I henhold til en driftsaftale indgået i 1994 havde WAZV Gotha tildelt Stadtwirtschaft Gotha GmbH (en kommunal virksomhed i byen Gotha, herefter »Stadtwirtschaft«) driften af samtlige tekniske, kommercielle og administrative ydelser på vandforsyningsområdet. Eftersom denne aftale udløb i løbet af 2008, havde WAZV Gotha planlagt at optage Stadtwirtschaft som medlem med henblik på fortsat at overlade denne driften af disse ydelser. Tilsynsmyndighederne nægtede imidlertid under henvisning til bestemmelserne om indgåelse af kontrakter at tillade Stadtwirtschafts optagelse i WAZV Gotha.

13 For at fortsætte med at overlade driften til en tredjepart besluttede WAZV Gotha at koncessionere tjenesteydelsen bestående i drikkevandsforsyning og bortledning af spildevand. Med henblik herpå indledte WAZV Gotha i løbet af september 2007 en uformel udbudsprocedure frem for den formelle udbudsprocedure i § 97 ff. i loven om forbud mod konkurrencebegrænsninger (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, herefter »GWB«). WAZV Gotha offentliggjorde ikke desto mindre en udbudsbekendtgørelse i *Den Europæiske Unions Tidende* den 19. september 2007 under reference nr. 2007/S 180-220518.

14 Udbudsbekendtgørelsen bekendtgjorde tildelingen af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser vedrørende vandforsyning og bortledning af spildevand på det område, som WAZV Gotha dækker, for en varighed af 20 år, og opfordrede interesserede virksomheder til at indgive deres ansøgninger.

15 Udbudsbekendtgørelsen og de dertil hørende aftaleudkast fastsatte, at koncessionshaveren skulle levere de omhandlede ydelser i henhold til privatretlige kontrakter indgået i dennes navn og for dennes regning til brugere bosat på det område, som er dækket af WAZV Gotha, og at koncessionshaveren til gengæld ville opkræve et vederlag af disse brugere.

16 Det var fastsat, at koncessionshaveren selv havde kompetence til på rimelig og passende måde at beregne vederlaget for de leverede ydelser og som eneansvarlig at fastsætte størrelsen af dette vederlag. Denne kompetence var imidlertid begrænset, for så vidt som koncessionshaveren indtil den 31. december 2009 skulle anvende de satser, som var i kraft på tidspunktet for offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen, og for så vidt som satserne derefter skulle opfylde bestemmelserne i delstaten Thüringens lov om kommunalskatter (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 Udbudsbekendtgørelsen og aftaleudkastene fastsatte ligeledes, at de tekniske faciliteter til vandforsyning og bortledning af spildevand forblev WAZV Gothas ejendom, at de ville blive udlejet til koncessionshaveren, og at sidstnævnte havde ret til at bogføre lejen

herfor i det vederlag, som blev opkrævet af brugerne for de leverede ydelser. Det påhvilede koncessionshaveren at vedligeholde de nævnte faciliteter.

18 WAZV Gotha fastsatte ved bekendtgørelse tilslutnings- og brugspligten i forhold til den offentlige vandforsyning og anlæg til bortledning af spildevand. Koncessionshaveren havde imidlertid ikke et krav på, at tilslutnings- og brugspligten håndhævedes i hvert enkelt tilfælde.

19 Endelig forpligtede WAZV Gotha sig til inden for rammerne af gældende ret at overføre offentlige midler, som den måtte modtage, til koncessionshaveren.

20 Fristen for at indgive ansøgninger om deltagelse var i udbudsbekendtgørelsen fastsat til den 8. oktober 2007. Eurawasser havde ved skrivelse af 4. oktober 2007 klaget over, at WAZV Gotha ikke havde til hensigt at tildele de ovennævnte tjenesteydelser inden for rammerne af et formelt udbud med henblik på indgåelse af en tjenesteydelseskontrakt, men derimod ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

21 Eurawasser indgav den 8. oktober 2007 en ansøgning om deltagelse. Stadtwirtschaft og Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (et forvaltningsselskab under det kommunale konsortium for vandforsyning i regionen Lausitz, herefter »WAL«) deltog også i udbudsproceduren og blev af WAZV Gotha opfordret til at afgive et bud. Der forelå i alt otte ansøgninger om deltagelse ved udløbet af fristen fastsat i udbudsbekendtgørelsen.

22 WAZV Gotha afviste den af Eurawasser rejste klage ved skrivelse af 9. oktober 2007. Eurawasser, som uden resultat havde indgivet andre klager den 19. oktober og den 23. november 2007, indgav en klage til det kompetente Vergabekammer (udbudsnævn) med den begrundelse, at WAZV Gotha ikke havde valgt den korrekte udbudsprocedure.

23 Vergabekammer fandt ved afgørelse af 24. januar 2008, at den omhandlede transaktion rent faktisk udgjorde en tjenesteydelseskontrakt, at WAZV Gotha burde have indledt en formel udbudsprocedure, og at proceduren skulle genoptages på stadiet før offentliggørelsen af udbudsbekendtgørelsen.

24 WAZV Gotha appellerede denne afgørelse til Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft og WAL har fået tilladelse til at indtræde som intervenienter i denne procedure.

26 Thüringer Oberlandesgericht har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal en kontrakt om tjenesteydelser (i dette tilfælde vedrørende vandforsyning og rensning af spildevand), hvorefter den ordregivende myndighed ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til entreprenøren, men hvorefter entreprenøren erhverver en ret til at opkræve et privatretligt vederlag fra en tredjepart, alene af denne grund anses for en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« i henhold til artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv [2004/17] til forskel fra en gensidigt bebyrdende tjenesteydelseskontrakt i henhold til direktivets artikel 1, stk. 2, litra a) og d)?

2) Såfremt det første præjudicielle spørgsmål besvares benægtende, foreligger der da ved kontrakter, som beskrevet i det første præjudicielle spørgsmål, en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, når den med den omhandlede tjenesteydelse forbundne driftsrisiko på grund af tjenesteydelsens offentligretlige udformning (tilslutnings- og brugspligt, prisberegning ud fra omkostningsdækningsprincippet) på forhånd, altså også hvis den ordregivende myndighed selv skulle præstere tjenesteydelsen, ganske vist er betydeligt begrænset, men entreprenøren fuldt ud, eller i det mindste overvejende, påtager sig denne begrænsede risiko?

3) Såfremt det andet præjudicielle spørgsmål også besvares benægtende, skal artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv [2004/17] da fortolkes således, at den med præstationen af tjenesteydelsen forbundne driftsrisiko, navnlig afsætningsrisikoen, kvalitativt skal nærme sig den risiko, der sædvanligvis består på et frit marked med flere konkurrerende tjenesteydere?«

Om formaliteten

27 WAZV Gotha har gjort gældende, at den præjudicielle forelæggelse skal afvises med den begrundelse, at en besvarelse af det første spørgsmål tydeligt fremgår af definitionen af koncessionskontrakt om tjenesteydelser i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17 samt af Domstolens praksis. Den ønskede fortolkning er således på ingen måde nødvendig. WAL har fremført i det væsentlige enslydende argumenter.

28 Stadtwirtschaft har anført, at de præjudicielle spørgsmål ikke er relevante for den afgørelse, som den forelæggende ret skal træffe, henset til, at der kan træffes afgørelse i tvisten i hovedsagen uden en besvarelse af disse spørgsmål. WAZV Gotha har således gennemført en korrekt udbudsprocedure, selv om det viser sig, at de i hovedsagen omhandlede kontrakter må anses for tjenesteydelseskontrakter, som er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/17.

29 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber er derimod af den opfattelse, at den præjudicielle forelæggelse skal antages til realitetsbehandling. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er den forelæggende ret af den opfattelse, at de præjudicielle spørgsmål vedrørende sondringen mellem begreberne tjenesteydelseskontrakt og koncessionskontrakt om tjenesteydelser er af afgørende betydning for, at denne ret kan træffe afgørelse om, hvorvidt den appel, som er indbragt for den, skal antages til realitetsbehandling.

30 WAZV Gotha har efter indgivelsen af anmodningen om præjudiciel afgørelse den 4. september 2008 besluttet at annullere den i tvisten i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure.

31 Som følge af denne annullation har Eurawasser ændret, men ikke hævet sit søgsmål. Eurawasser har nu nedlagt påstand om, at det fastslås, at dens rettigheder med hensyn til overholdelsen af reglerne for indgåelse af kontrakter i medfør af GWB's § 97 ff. er blevet krænket ved den annullerede procedure.

32 Den forelæggende ret har ved skrivelse af 24. december 2008 oplyst Domstolen om, at den opretholder sin præjudicielle forelæggelse. Ifølge den forelæggende ret er det således fortsat nødvendigt, for at den kan træffe afgørelse i det ændrede søgsmål, at opnå en besvarelse af de forelagte spørgsmål, allerede fordi koncessionskontrakter om tjenesteydelser helt er udelukket fra anvendelsesområdet for GWB's § 97 ff., og fordi ændringen af søgsmålet i hovedsagen derfor ikke har nogen betydning for den omstændighed, at en indbringelse af sagen for de instanser, som har kompetence til at kontrollere overholdelsen af de procedurer, som finder anvendelse ved offentlige kontrakter, dvs. Vergabekammer og Vergabesenat, må afvises i tilfælde af, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

33 Domstolen har herved fastslået, at det inden for rammerne af samarbejdet mellem Domstolen og medlemsstaterne indført ved artikel 234 EF udelukkende tilkommer den nationale ret, som tvisten er indbragt for, og som har ansvaret for den retsafgørelse, der skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af fællesskabsretten, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse (jf. navnlig dom af 23.4.2009, sag C-544/07, Rüffler, Sml. I, s. 3389, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

34 Domstolen har imidlertid ligeledes fastslået, at den under særlige omstændigheder med henblik på at efterprøve sin egen kompetence er beføjet til at undersøge de omstændigheder, hvorunder den nationale domstol har forelagt sagen. Domstolen

kan kun afslå at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål fra en national ret, når det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af fællesskabsretten savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en saglig korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (jf. navnlig Rüffler-dommen, præmis 37 og 38 og den deri nævnte retspraksis).

35 Den forelæggende ret har i forelæggelsesafgørelsen såvel som i dens skrivelse af 24. december 2008 tydeligt forklaret, hvorfor det er dens opfattelse, at de forelagte spørgsmål er relevante, og at en besvarelse af disse spørgsmål er nødvendig med henblik på at træffe afgørelse i den tvist, som er blevet indbragt for den. I lyset af disse forklaringer forekommer de forelagte spørgsmål ikke hypotetiske eller uden forbindelse med sagsgenstanden i tvisten i hovedsagen.

36 De præjudicielle spørgsmål skal herefter antages til realitetsbehandling.

Om de præjudicielle spørgsmål

Indledende bemærkninger

37 Indledningsvis bør det præciseres, at efter de oplysninger, som er indeholdt i sagsakterne, er WAZV Gotha omfattet af definitionen af en ordregivende myndighed i artikel 2, stk. 1, litra a), i direktiv 2004/17, idet denne ordregivende myndighed er en af de kategorier af ordregivere, som dette direktiv finder anvendelse på i medfør af dets artikel 2, stk. 2, litra a).

38 Hovedsagen er desuden omfattet af direktiv 2004/17 i henhold til dette direktivs artikel 4, for så vidt som den ordregivende myndighed, nemlig WAZV Gotha, udøver virksomhed på området for drikkevandsforsyning og bortledning af spildevand.

39 Direktiv 2004/17 finder anvendelse ratione temporis på tvisten i hovedsagen, henset til, at eftersom fristen fastsat i dette direktivs artikel 71 for dets gennemførelse udløb den 31. januar 2006, blev den i hovedsagen omhandlede udbudsprocedure indledt i løbet af september 2007.

40 Det bemærkes, at der i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/17 er blevet indført en fællesskabsretlig definition af koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Denne definition fandtes ikke i tidligere direktiver på området, herunder navnlig Rådets direktiv 93/38/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne ved tilbudsgivning inden for vand- og energiforsyning samt transport og telekommunikation (EFT L 199, s. 84).

41 Fællesskabslovgiver har i artikel 18 i direktiv 2004/17 præciseret, at direktivet ikke finder anvendelse på koncessionskontrakter, der tildeles af ordregivere, som udøver aktiviteter navnlig på vandområdet.

42 Det bemærkes desuden, at hvad angår dets eget anvendelsesområde indeholder Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114) i artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 4, definitioner af en »offentlig […] kontrakt […]« og af en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser«, som i det væsentlige svarer til de tilsvarende definitioner i artikel 1, stk. 2, litra a), og artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17.

43 Denne lighed indebærer, at de samme betragtninger skal anvendes ved fortolkningen af begreberne tjenesteydelseskontrakt og koncessionskontrakt om tjenesteydelser hvad angår de respektive anvendelsesområder for de to ovennævnte direktiver.

44 Det følger heraf, at dersom den i hovedsagen omhandlede transaktion anses for en »tjenesteydelseskontrakt« i direktiv 2004/17's forstand, skal en sådan tjenesteydelseskontrakt i princippet indgås i overensstemmelse med de procedurer, som er fastsat i dette direktivs artikel 31 og 32. Dersom denne transaktion derimod anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, finder det nævnte direktiv i henhold til dets artikel 18 ikke anvendelse. I så fald vil tildelingen af koncessionen fortsat være underlagt de grundlæggende regler i EF-traktaten i almindelighed og principperne om ligebehandling og om forbud mod forskelsbehandling på grundlag af nationalitet samt den gennemsigtighedsforpligtelse, som følger heraf, i særdeleshed (jf. i denne retning dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefonadress, Sml. I, s. 10745, præmis 60-62, af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16-19, af 13.10.2005, sag C-458/03, Parking Brixen, Sml. I, s. 8585, præmis 46-49, og af 13.11.2008, sag C-324/07, Coditel Brabant, Sml. I, s. 8457, præmis 25).

45 Det er på denne baggrund, at den forelæggende ret ønsker en præcisering af de kriterier, som gør det muligt at foretage en sondring mellem en tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

Om det første og det andet spørgsmål

46 Med det første og det andet spørgsmål, som behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den omstændighed, at den ordregivende myndighed med hensyn til en kontrakt om tjenesteydelser ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til medkontrahenten, men hvor medkontrahenten har ret til at opkræve et privatretligt vederlag fra en tredjepart, er tilstrækkelig til, at den pågældende kontrakt skal anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17. Såfremt dette spørgsmål besvares benægtende, ønsker den forelæggende ret oplyst, om en sådan kontrakt skal anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, når medkontrahenten påtager sig hele eller

i det mindste størstedelen af den driftsrisiko, som den ordregivende myndighed løber, selv om denne risiko fra begyndelsen er meget begrænset på grund af tjenesteydelsens offentligretlige udformning.

47 WAZV Gotha, Stadtwirtschaft og WAL samt den tyske og den tjekkiske regering, som er af den opfattelse, at det første spørgsmål skal bevares bekræftende, har anført, at den omstændighed, at medkontrahenten aflønnes ved et vederlag, som han modtager fra brugerne af den omhandlede tjenesteydelse, er tilstrækkelig til, at den må anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

48 Eurawasser og Kommissionen er derimod er den opfattelse, at det desuden er nødvendigt, at medkontrahenten påtager sig den økonomiske risiko ved udnyttelsen af den omhandlede ydelse.

49 Det bemærkes herved, at artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/17 fastsætter, at der »ved vareindkøbskontrakter, bygge- og anlægskontrakter og tjenesteydelseskontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, som indgås skriftligt mellem en eller flere ordregivere, der er omhandlet i dette direktivs artikel 2, stk. 2, og en eller flere entreprenører, leverandører eller tjenesteydere.

50 Det følger af det nævnte direktivs artikel 1, stk. 3, litra b), at der ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som tjenesteydelseskontrakter, bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

51 Det følger af en sammenligning af disse to definitioner, at forskellen mellem en tjenesteydelseskontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser bunder i vederlaget for de tjenesteydelser, der skal præsteres. Tjenesteydelseskontrakten omfatter et vederlag, som betales direkte af den ordregivende myndighed til tjenesteyderen (jf. i denne retning Parking-dommen, præmis 39), mens vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres ved en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

52 De forelagte spørgsmål tager udtrykkeligt udgangspunkt i den forudsætning, at den omhandlede kontrakt bestemmer, at medkontrahenten ikke aflønnes direkte af den ordregivende myndighed, men ved et privatretligt vederlag, som han har tilladelse fra den ordregivende myndighed til at opkræve af en tredjepart.

53 I lyset af kriteriet beskrevet i denne doms præmis 51 er den omstændighed, at tjenesteyderen godtgøres ved betalinger fra en tredjepart, i dette tilfælde brugerne af den omhandlede tjenesteydelse, en af de former, som udøvelsen af tjenesteyderens ret til at udnytte denne tjenesteydelse kan antage.

54 Dette kriterium fremgik allerede af Domstolens praksis forud for ikrafttrædelsen af direktiv 2004/71. I henhold til denne retspraksis var der tale om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, når den aftalte vederlagsform bestod i tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse (jf. i denne retning dommen i sagen Telaustria og Telefonadress, præmis 58, samt kendelse af 30.5.2002, sag C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Sml. I, s. 4685, præmis 27 og 28, og dom af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 34, og af 13.11.2008, sag C-437/07, Kommissionen mod Italien, præmis 29).

55 Det er i denne forbindelse uden relevans, at vederlaget er privatretligt eller offentligretligt reguleret.

56 Domstolen har udtalt, at der forelå en koncessionskontrakt om tjenesteydelser navnlig i tilfælde, hvor tjenesteyderens vederlag hidrører fra betalinger gennemført af brugere af en offentlig parkering, en offentlig transportydelse og et teledistributionsnet (jf. Parking Brixen-dommen, præmis 40, dom af 6.4.2006, sag C-410/04, ANAV, Sml. I, s. 3303, præmis 16, og Coditel Brabant-dommen, præmis 24).

57 Det følger heraf, at hvad angår en kontrakt om tjenesteydelser opfylder den omstændighed, at medkontrahenten ikke umiddelbart aflønnes af den ordregivende myndighed, men at han har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, kravet om vederlag fastsat i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17.

58 Denne konklusion nødvendiggør imidlertid, at begrebet »retten til at udnytte« såvel som »vederlaget for denne tjenesteydelse« i den nævnte bestemmelse præciseres.

59 Det følger af Domstolens praksis, at når den aftalte vederlagsform består i tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse, indebærer denne vederlagsform, at tjenesteyderen påtager sig risikoen for driften af de pågældende tjenesteydelser (jf. i denne retning Parking Brixen-dommen, præmis 40, dommen af 18.7.2007 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 34, og dommen af 13.11.2008 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 29).

60 De berørte parter, som har afgivet indlæg, det være sig principalt eller subsidiært, har i denne forbindelse indtaget modstridende standpunkter.

61 WAZV Gotha har anført, at den omstændighed, at medkontrahenten påtager sig den risiko, der er forbundet med driften af tjenesteydelsen, under de omstændigheder, som foreligger i hovedsagen, er tilstrækkelig til, at der må antages at foreligge en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

62 Ifølge Stadtwirtschaft, WAL og den tjekkiske regering er det ikke nødvendigt, at medkontrahenten påtager sig hele denne risiko. Det er tilstrækkeligt, at han påtager sig en væsentlig del af denne risiko.

63 Det er den tyske regerings opfattelse, at der er tale om en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, når medkontrahenten påtager sig en driftsrisiko, som ikke er uvæsentlig.

64 Eurawasser er af den opfattelse, at der hvad angår den i hovedsagen omhandlede transaktion ikke består nogen væsentlig risiko, som af den ordregivende myndighed kan overføres til medkontrahenten. Transaktionen må derfor anses for en tjenesteydelseskontrakt og ikke en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

65 Kommissionen har anført, at der skal være tale om en væsentlig driftsrisiko, som imidlertid ikke nødvendigvis skal svare til den økonomiske risiko, som sædvanligvis løbes på et frit marked. En tjenesteydelseskontrakt, hvis økonomiske risiko er reduceret til et minimum af de offentlige myndigheder, kan ikke anses for en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

66 Det bemærkes herved, at risikoen er en uadskillelig del af den økonomiske udnyttelse af denne tjenesteydelse.

67 Hvis den ordregivende myndighed fortsat bærer hele risikoen, og tjenesteyderen ikke udsættes for de risici, som findes på markedet, kræver tildelingen af udnyttelsen af tjenesteydelsen, at de formaliteter, som er fastsat i direktiv 2004/17 med henblik på beskyttelse af gennemsigtigheden og konkurrencen, anvendes.

68 Dersom den risiko, som er forbundet med leveringen af tjenesteydelsen, ikke fuldt ud overføres på tjenesteyderen, udgør transaktionen en tjenesteydelseskontrakt (jf. i denne retning dom af 27.10.2005, sag C-234/03, Contse m.fl., Sml. I, s. 9315, præmis 22, dommen af 18.7.2007 i sagen Kommissionen mod Italien, præmis 35-37, og analogt for så vidt angår koncession om bygge- og anlægsarbejder dommen af 13.11.2008 i sagen

Kommissionen mod Italien, præmis 30 og 32-35). Som anført i denne doms præmis 51, består vederlaget i sidstnævnte tilfælde ikke i retten til at udnytte denne ydelse.

69 De forelagte spørgsmål tager udgangspunkt i den forudsætning, at leveringen af den i hovedsagen omhandlede ydelse indebærer en meget begrænset økonomisk risiko selv i tilfælde, hvor den nævnte ydelse leveres af den ordregivende myndighed, og dette skyldes anvendelsen af de bestemmelser, som finder anvendelse på den pågældende form for virksomhed.

70 Ifølge visse argumenter, som er blevet fremlagt for Domstolen til støtte for, at den omhandlede transaktion under sådanne omstændigheder udgør en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, er det imidlertid nødvendigt, at den risiko, som overføres fra koncessionsgiveren til koncessionshaveren, er en væsentlig risiko.

71 Sådanne argumenter kan på ingen måde lægges til grund.

72 Det forholder sig ofte således, at visse sektorer, herunder navnlig sektorer, som vedrører almennyttige aktiviteter såsom vandforsyning og bortledning af spildevand, er reguleret ved bestemmelser, som kan indebære en begrænsning af de økonomiske risici, som løbes.

73 For det første gør den offentligretlige udformning af den økonomiske og finansielle udnyttelse af tjenesteydelsen kontrollen med udnyttelsen af tjenesteydelsen lettere og reducerer de faktorer, som kan skade gennemsigtigheden og fordreje konkurrencen.

74 For det andet skal det fortsat være muligt for de ordregivende myndigheder, som handler i god tro, at sikre levering af tjenesteydelser ved hjælp af en koncession, hvis de vurderer, at dette er den bedste måde at sikre den pågældende offentlige tjenesteydelse på, og dette gælder, selv om driftsrisikoen er meget begrænset.

75 Det ville desuden heller ikke være rimeligt at stille krav om, at en koncessionsgivende offentlig myndighed skal skabe konkurrencevilkår og vilkår for den økonomiske risiko, som er højere end dem, som på grund af de bestemmelser, som finder anvendelse i den pågældende sektor, findes i sidstnævnte.

76 I sådanne situationer, hvor den ordregivende myndighed ikke har nogen indflydelse på tjenesteydelsens offentligretlige udformning, er det umuligt for sidstnævnte at indføre og dermed overføre risikofaktorer, som på grund af denne udformning er udelukket.

77 Selv om den risiko, som den ordregivende myndighed løber, er meget begrænset, er det under alle omstændigheder for at det kan konkluderes, at der foreligger en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, nødvendigt, at den ordregivende myndighed overfører hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den løber, til koncessionshaveren.

78 Det tilkommer den nationale domstol at vurdere, om der er sket en overførsel af hele eller en væsentlig del af den risiko, som den ordregivende myndighed løber.

79 I denne forbindelse skal der ikke tages hensyn til generelle risici, som følger af lovgivningsændringer, som har fundet sted i løbet af kontraktens opfyldelse.

80 Det første og det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at den omstændighed, at den ordregivende myndighed med hensyn til en kontrakt om tjenesteydelser ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til medkontrahenten, men hvor medkontrahenten har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, er tilstrækkelig til, at denne kontrakt skal anses for en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra b), i direktiv 2004/17, forudsat at medkontrahenten påtager sig hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den ordregivende myndighed løber, også selv om denne risiko fra begyndelsen er meget begrænset på grund af tjenesteydelsens offentligretlige udformning.

Om det tredje spørgsmål

81 Henset til besvarelsen af det første og det andet spørgsmål er det ufornødent at besvare det tredje spørgsmål.

Sagens omkostninger

82 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

Den omstændighed, at den ordregivende myndighed med hensyn til en kontrakt om tjenesteydelser ikke umiddelbart skal udbetale et vederlag til medkontrahenten, men hvor medkontrahenten har ret til at opkræve et vederlag fra en tredjepart, er tilstrækkelig til, at denne kontrakt skal anses for en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« som omhandlet i artikel 1, stk. 3, litra b), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/17/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester, forudsat at medkontrahenten påtager sig hele eller i det mindste en væsentlig del af den driftsrisiko, som den ordregivende myndighed løber, også selv om denne risiko fra begyndelsen er meget begrænset på grund af tjenesteydelsens offentligretlige udformning.

Underskrifter