ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

10 september 2009 *

In zaak C-206/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Thüringer Oberlandesgericht (Duitsland) bij beslissing van 8 mei 2008, ingekomen bij het Hof op 19 mei 2008, in de procedure

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

tegen

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

in tegenwoordigheid van:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Procestaal: Duits.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas, kamerpresident, J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), J. Klučka, P. Lindh en A. Arabadjiev, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 23 april 2009,

gelet op de opmerkingen van:

— Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), vertegenwoordigd door S. Wellmann en P. Hermisson, Rechtsanwälte,

— Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, vertegenwoordigd door U.-D. Pape, Rechtsanwalt,

— Stadtwirtschaft Gotha GmbH, vertegenwoordigd door E. Glahs, Rechtsanwältin,

— Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), vertegenwoordigd door S. Gesterkamp en S. Sieme, Rechtsanwälte,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en J. Möller als gemachtigden,

— de Tsjechische regering, vertegenwoordigd door M. Smolek als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door P. Oliver, D. Kukovec en C. Zadra als gemachtigden, bijgestaan door B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van het begrip „concessieovereenkomst voor diensten" in de zin van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134, blz. 1).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (samenwerkingsverband voor de watervoorziening en de afvoer van afvalwater van de stad Gotha en gemeenten die tot het administratieve gebied daarvan behoren; hierna: „WAZV Gotha") en Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (onderneming voor de behandeling en lozing van water; hierna: „Eurawasser") over de gunning van de openbare dienst van drinkwatervoorziening en afvoer van afvalwater.

Toepasselijke bepalingen

3 Artikel 1, lid 2, sub a en d, van richtlijn 2004/17 bepaalt:

„2. a) ‚Opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten' zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één of meer van de in artikel 2, lid 2, bedoelde aanbestedende diensten en een of meer aannemers, leveranciers, of dienstverrichters;

[…]

d) ‚Opdrachten voor diensten' zijn andere opdrachten dan de opdrachten voor werken of leveringen die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage XVI vermelde diensten.

[…]"

4 Artikel 1, lid 3, sub b, van die richtlijn luidt:

„De ‚concessieovereenkomst voor diensten' is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij in uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs."

5 Artikel 2 van die richtlijn bepaalt:

„1. In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder:

a) ‚aanbestedende diensten': de Staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen bestaande uit een of meer van dergelijke lichamen of een of meer van dergelijke publiekrechtelijke instellingen.

[…]

2. Deze richtlijn geldt voor de aanbestedende diensten die:

a) overheidsdiensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 3 tot en met 7 bedoelde activiteiten uitoefenen;

[…]"

6 Artikel 4 van richtlijn 2004/17 luidt:

„1. Deze richtlijn is van toepassing op de volgende activiteiten:

a) de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste netten bestemd voor openbare dienstverlening op het gebied van de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater of

b) de drinkwatertoevoer naar deze netten.

2. Deze richtlijn is eveneens van toepassing op de opdrachten of prijsvragen die worden geplaatst of georganiseerd door de diensten die een in lid 1 bedoelde activiteit uitoefenen en die:

[…]

b) verband houden met de afvoer of behandeling van afvalwater.

[…]"

7 Artikel 18 van die richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is niet van toepassing op concessieovereenkomsten voor werken of diensten die gesloten worden door aanbestedende diensten die één of meer van de in de artikelen 3 tot en met [7] bedoelde activiteiten uitoefenen indien de concessieovereenkomsten met het oog op de uitoefening van die activiteiten gesloten worden."

8 Artikel 31 van die richtlijn luidt:

„De opdrachten voor het verrichten van de in bijlage XVII A vermelde diensten worden overeenkomstig de artikelen 34 tot en met 59 geplaatst."

9 Artikel 32 ervan bepaalt:

„Het plaatsen van opdrachten voor het verrichten van de in bijlage XVII B opgenomen diensten valt uitsluitend onder de artikelen 34 en 43."

10 Overeenkomstig artikel 71 van richtlijn 2004/17 dienden de lidstaten de nodige bepalingen in werking te doen treden om uiterlijk op 31 januari 2006 aan deze richtlijn te voldoen.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

11 Blijkens de stukken is WAZV Gotha een gemeentelijk samenwerkingsverband dat op grond van een aantal bepalingen van Duits recht tot taak heeft te zorgen voor de drinkwatervoorziening en de afvoer van afvalwater voor de bevolking op zijn grondgebied.

12 In het kader van een in 1994 gesloten beheersovereenkomst had WAZV Gotha aan Stadtwirtschaft Gotha GmbH (gemeentelijk bedrijf van de stad Gotha; hierna: „Stadtwirtschaft") alle technische, commerciële en administratieve diensten ter zake van de watervoorziening toevertrouwd. Daar deze overeenkomst in de loop van 2008 verstreek, was WAZV Gotha voornemens om Stadtwirtschaft als lid op te nemen teneinde haar ook verder het beheer toe te vertrouwen. De toezichthoudende instanties onthielden echter met een beroep op de bepalingen inzake de plaatsing van opdrachten hun toestemming aan de opname van Stadtwirtschaft in WAZV Gotha.

13 Om het beheer verder aan derden toe te vertrouwen, besloot WAZV Gotha om een concessie te verlenen voor de drinkwatervoorziening en de afvoer van afvalwater. Daartoe startte het in de loop van september 2007 een informele aanbestedingsprocedure op in plaats van de formele aanbestedingsprocedure bedoeld in de §§ 97 en volgende van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitse wet inzake mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB"). WAZV Gotha liet niettemin een aankondiging plaatsen in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 19 september 2007, onder het nummer 2007/S 180-220518.

14 Volgens de aankondiging van opdracht ging het om de gunning van een concessie voor de watervoorziening en de afvoer van afvalwater op het door het WAZV Gotha bestreken grondgebied voor de duur van 20 jaar, en werden belanghebbende bedrijven opgeroepen om in te schrijven.

15 De aankondiging van opdracht en de desbetreffende ontwerp-overeenkomsten bepaalden dat de concessiehouder de genoemde diensten op basis van op eigen naam en voor eigen rekening gesloten privaatrechtelijke overeenkomsten zou leveren aan de gebruikers die woonachtig zijn op het door WAZV Gotha bestreken grondgebied en als tegenprestatie van die gebruikers een vergoeding zou ontvangen.

16 Er was bepaald dat de concessiehouder bevoegd was om zelf naar billijkheid de voor de geleverde diensten verschuldigde vergoedingen te berekenen en onder eigen verantwoordelijkheid de hoogte daarvan te bepalen. Voor die bevoegdheid gold echter een beperking voor zover de concessiehouder tot en met 31 december 2009 de op het tijdstip van bekendmaking van de aankondiging van opdracht geldende tarieven diende toe te passen en de tarieven daarna in overeenstemming dienden te zijn met de bepalingen van het Thüringer Kommunalabgabengesetz (wet van de deelstaat Thüringen op de gemeentelijke belastingen).

17 Verder bleef volgens de aankondiging van opdracht en de ontwerp-overeenkomsten de technische infrastructuur voor de watervoorziening en afvoer van afvalwater eigendom van WAZV Gotha en werd die gehuurd door de concessiehouder, die de overeenkomstige huursom mocht doorberekenen in de van de gebruikers als

tegenprestatie voor de geleverde diensten verlangde vergoeding. De concessiehouder was verantwoordelijk voor het onderhoud van die infrastructuur.

18 WAZV Gotha verbond zich ertoe, de aansluiting op en het gebruik van de openbare netten voor de watervoorziening en de afvoer van afvalwater bij besluit verplicht te stellen. De concessiehouder was echter niet bevoegd, die aansluit- en gebruiksplicht in concrete gevallen af te dwingen.

19 Ten slotte verbond WAZV Gotha zich ertoe, door hem ontvangen overheidssubsidies binnen de wettelijke mogelijkheden aan de concessiehouder door te geven.

20 Volgens de aankondiging van opdracht konden tot uiterlijk 8 oktober 2007 offertes worden ingediend. Bij schrijven van 4 oktober 2007 hekelde Eurawasser het voornemen van WAZV Gotha om de voornoemde diensten niet in het kader van een formele aanbesteding van opdrachten voor het verrichten van diensten, maar door middel van een concessieovereenkomst voor diensten te gunnen.

21 Eurawasser heeft haar aanvraag tot deelneming op 8 oktober 2007 ingediend. Stadtwirtschaft en Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (beheersonderneming die ressorteert onder het gemeentelijk samenwerkingsverband voor water van de regio Lausitz; hierna: „WAL") hebben eveneens deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure en zijn door WAZV Gotha uitgenodigd om een offerte in te dienen. Aan het einde van de in de aankondiging van opdracht gestelde termijn waren acht aanvragen tot deelneming ingediend.

22 WAZV Gotha heeft de klacht van Eurawasser bij schrijven van 9 oktober 2007 afgewezen. Nadat zij tevergeefs op 19 oktober en 23 november 2007 verdere klachten had ingediend, heeft Eurawasser beroep ingesteld bij de bevoegde Vergabekammer (kamer voor de plaatsing van overheidsopdrachten), op grond dat WAZV Gotha niet de juiste gunningprocedure had gekozen.

23 Bij beslissing van 24 januari 2008 heeft de Vergabekammer zich op het standpunt gesteld dat het hier wel degelijk om een opdracht voor dienstverlening ging, dat WAZV Gotha een formele aanbestedingsprocedure had moeten inleiden en dat de procedure moest worden teruggedraaid tot vóór de bekendmaking van de aankondiging van opdracht.

24 WAZV Gotha is tegen deze beslissing opgekomen bij het Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft en WAL zijn toegelaten tot interventie in deze procedure.

26 Daarop heeft het Thüringer Oberlandesgericht de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende vragen ter prejudiciële beslissing voorgelegd:

„1) Moet een overeenkomst inzake het verrichten van diensten (in casu diensten op het gebied van de watervoorziening en de behandeling van afvalwater) volgens welke de opdrachtnemer geen rechtstreekse vergoeding van de aanbestedende dienst ontvangt, maar het recht heeft om op privaatrechtelijke basis vergoedingen van derden te innen, alleen op deze grond worden gekwalificeerd als ‚concessieovereenkomst voor diensten' in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van […] richtlijn [2004/17] en niet als overeenkomst tot het verrichten van diensten onder bezwarende titel in de zin van artikel 1, lid 2, sub a en d, van de richtlijn?

2) Indien de eerste prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord: is bij overeenkomsten van de daarin omschreven aard sprake van een concessieovereenkomst voor diensten indien, op grond van de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd (verplichting tot aansluiting en gebruik, prijscalculatie volgens het kostendekkingsbeginsel), het aan de betrokken dienst verbonden exploitatierisico weliswaar van meet aan, dus ook wanneer de aanbestedende dienst de dienst zelf zou verrichten, aanzienlijk is beperkt, maar de opdrachtnemer dit beperkte risico niettemin geheel of althans vrijwel geheel op zich neemt?

3) Indien ook de tweede prejudiciële vraag ontkennend wordt beantwoord: moet artikel 1, lid 3, sub b, van […] richtlijn [2004/17] dan aldus worden uitgelegd dat het aan het verrichten van de dienst verbonden exploitatierisico, in het bijzonder het afzetrisico, kwalitatief vergelijkbaar moet zijn met het exploitatierisico dat normaliter onder de voorwaarden van een vrije markt met meerdere concurrerende aanbieders bestaat?"

Ontvankelijkheid

27 WAZV Gotha stelt dat het verzoek om een prejudiciële beslissing niet-ontvankelijk is op grond dat het antwoord op de eerste vraag duidelijk volgt uit de definitie van concessieovereenkomst voor diensten in artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17 en uit de rechtspraak van het Hof. Derhalve is de gevraagde uitlegging haars inziens volstrekt overbodig. WAL voert in wezen soortgelijke argumenten aan.

28 Volgens Stadtwirtschaft zijn de prejudiciële vragen niet relevant met het oog op de door de verwijzende rechter te geven beslissing, aangezien het hoofdgeding zonder antwoord op die vragen kan worden beslecht. WAZV Gotha heeft namelijk besloten tot een gunningprocedure die regelmatig is, zelfs wanneer de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomsten blijken te moeten worden gekwalificeerd als opdrachten voor dienstverlening die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2004/17 vallen.

29 De Commissie van de Europese Gemeenschappen daarentegen meent dat het verzoek om een prejudiciële beslissing ontvankelijk is. Zoals uit de verwijzingsbeslissing blijkt, is de nationale rechter van oordeel dat de prejudiciële vragen over het onderscheid tussen de begrippen opdracht voor dienstverlening en concessieovereenkomst voor diensten onmisbaar zijn om te beslissen over de ontvankelijkheid van het bij hem ingestelde hoger beroep.

30 Na de indiening van het verzoek om een prejudiciële beslissing heeft WAZV Gotha op 4 september 2008 besloten om de aanbestedingsprocedure die het voorwerp van het hoofdgeding vormt, te annuleren.

31 Nadat deze procedure was geannuleerd, heeft Eurawasser haar beroep gewijzigd zonder het in te trekken. Zij vordert thans vaststelling dat zij door de geannuleerde procedure is geschonden in haar rechten op eerbiediging van de regels voor plaatsing van opdrachten die zij ontleent aan de §§ 97 en volgende GWB.

32 Bij brief van 24 december 2008 heeft de verwijzende rechter het Hof laten weten dat hij zijn verzoek om een prejudiciële beslissing handhaaft. Volgens hem is een antwoord op de gestelde vragen nog steeds noodzakelijk om uitspraak op het gewijzigde beroep te kunnen doen, al was het maar omdat concessieovereenkomsten voor diensten zonder meer buiten de werkingssfeer van de §§ 97 en volgende GWB vallen en derhalve de wijziging van het beroep in het hoofdgeding niet van invloed is op het feit dat, mocht de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overeenkomst als concessieovereenkomst voor diensten worden gekwalificeerd, de zaak niet geldig aanhangig zou kunnen worden gemaakt bij de instanties die bevoegd zijn ter zake van het toezicht op de naleving van de op het gebied van overheidsopdrachten toepasselijke procedures, namelijk de Vergabekammer en de Vergabesenat.

33 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat het in het kader van de bij artikel 234 EG ingevoerde samenwerking tussen hemzelf en de nationale rechterlijke instanties uitsluitend een zaak is van de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om, gelet op de bijzonderheden van het geval, zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen, als de relevantie van de vragen die hij aan het Hof voorlegt. Wanneer de gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van gemeenschapsrecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (zie met name arrest van 23 april 2009, Rüffler, C-544/07, Jurispr. blz. I-3389, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat het in uitzonderlijke omstandigheden aan hem staat om, ter toetsing van zijn eigen bevoegdheid, een onderzoek in te stellen naar de omstandigheden waaronder het door de nationale rechter is geadieerd. Het Hof kan

slechts weigeren uitspraak te doen over een prejudiciële vraag van een nationale rechter wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen enkel verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is, of wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die voor hem noodzakelijk zijn om een nuttig antwoord te geven op de gestelde vragen (zie met name arrest Rüffler, reeds aangehaald, punten 37 en 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 In zijn verwijzingsbeslissing en in zijn brief van 24 december 2008 heeft de verwijzende rechter duidelijk toegelicht waarom zijns inziens de door hem gestelde vragen relevant zijn en een antwoord op die vragen noodzakelijk is voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding. Gezien deze toelichting lijken de gestelde vragen noch hypothetisch noch zonder verband met het voorwerp van het hoofdgeding.

36 De prejudiciële vragen zijn bijgevolg ontvankelijk.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Inleidende opmerkingen

37 Vooraf moet worden gepreciseerd dat WAZV Gotha volgens de gegevens uit de stukken valt onder de definitie van aanbestedende dienst in artikel 2, lid 1, sub a, van richtlijn 2004/17; die aanbestedende dienst is een van de categorieën aanbestedende diensten waarvoor die richtlijn volgens artikel 2, lid 2, sub a, ervan geldt.

38 Verder valt de zaak in het hoofdgeding onder richtlijn 2004/17 op grond van artikel 4 ervan, aangezien de betrokken aanbestedende dienst, namelijk WAZV Gotha, een activiteit verricht op het gebied van de drinkwatertoevoer en de afvoer van afvalwater.

39 Richtlijn 2004/17 is ratione temporis van toepassing op het hoofdgeding, aangezien de in artikel 71 gestelde termijn voor de uitvoering daarvan op 31 januari 2006 is verstreken en de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure in de loop van september 2007 is gestart.

40 Er zij op gewezen dat een definitie van concessieovereenkomst voor diensten in de gemeenschapswetgeving is ingevoerd bij artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/17. Zij kwam niet voor in de vorige richtlijnen ter zake, met name niet in richtlijn 93/38/EEG van de Raad van 14 juni 1993 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 199, blz. 84).

41 In artikel 18 van richtlijn 2004/17 heeft de gemeenschapswetgever gepreciseerd dat deze richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten die gesloten worden door aanbestedende diensten die activiteiten uitoefenen in onder meer de sector water.

42 Voorts moet eraan worden herinnerd dat richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114), wat de eigen werkingssfeer ervan betreft, in artikel 1, leden 2, sub a, en 4, in wezen soortgelijke definities geeft van „overheidsopdracht" en van „concessieovereenkomst voor diensten" als artikel 1, leden 2, sub a, en 3, sub b, van richtlijn 2004/17.

43 Dit betekent dat voor de uitlegging van de begrippen opdracht voor diensten en concessieovereenkomst voor diensten binnen de respectieve werkingssferen van beide voormelde richtlijnen dezelfde overwegingen moeten worden gehanteerd.

44 Wordt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie gekwalificeerd als „opdracht voor diensten" in de zin van richtlijn 2004/17, dan moet een dergelijke opdracht bijgevolg in beginsel worden geplaatst overeenkomstig de in de artikelen 31 en 32 daarvan bedoelde procedures. Wordt die transactie daarentegen gekwalificeerd als concessieovereenkomst voor diensten, dan is die richtlijn op grond van artikel 18 daarvan niet van toepassing op die transactie. In dat geval zouden voor de toewijzing van de concessie nog steeds de fundamentele regels van het EG-Verdrag, in het algemeen, en het gelijkheidsbeginsel, het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit alsmede de transparantieverplichting die deze inhouden, in het bijzonder, gelden (zie in die zin arresten van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punten 60-62; 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punten 16-19; 13 oktober 2005, Parking Brixen, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punten 46-49, en 13 november 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Jurispr. blz. I-8457, punt 25).

45 Dit is de context waarin de verwijzende rechter verzoekt om precisering van de criteria aan de hand waarvan een opdracht voor diensten kan worden onderscheiden van een concessieovereenkomst voor diensten.

De eerste en de tweede vraag

46 Met zijn eerste en zijn tweede vraag, die tezamen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of in geval van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om op privaatrechtelijke basis vergoedingen van derden te innen, op zich volstaat om de betrokken overeenkomst aan te merken als concessieovereenkomst voor diensten in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17. Wanneer deze vraag ontkennend wordt beantwoord, wenst de verwijzende rechter te vernemen of een dergelijke overeenkomst moet worden gekwalificeerd als concessieovereenkomst voor diensten wanneer de opdrachtnemer het op de aanbestedende dienst rustende exploitatierisico in zijn geheel of

althans vrijwel in zijn geheel op zich neemt, ook al is dit risico op grond van de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, van meet aan zeer beperkt.

47 Volgens WAZV Gotha, Stadtwirtschaft, WAL, de Duitse en de Tsjechische regering, die vinden dat de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord, volstaat de omstandigheid dat de opdrachtnemer wordt betaald door middel van een bij de gebruikers van de betrokken dienst geïnde vergoeding, om van een concessieovereenkomst voor diensten te kunnen spreken.

48 Eurawasser en de Commissie menen daarentegen dat de opdrachtnemer bovendien het economisch risico van exploitatie van de betrokken dienst op zich moet nemen.

49 Opgemerkt zij in dit verband dat volgens artikel 1, lid 2, sub a, van richtlijn 2004/17 „opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten" schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel zijn tussen één of meer van de in artikel 2, lid 2, van die richtlijn bedoelde aanbestedende diensten en één of meer aannemers, leveranciers of dienstverrichters.

50 Volgens artikel 1, lid 3, sub b, van die richtlijn is de „concessieovereenkomst voor diensten" een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een opdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verrichten diensten bestaat hetzij in uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

51 Uit de vergelijking van deze twee definities volgt dat het verschil tussen een opdracht voor diensten en een concessieovereenkomst voor diensten is gelegen in de tegenprestatie voor de dienstverlening. De opdracht voor diensten behelst een tegenprestatie die door de aanbestedende dienst rechtstreeks aan de dienstverrichter wordt betaald (zie in die zin arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 39), terwijl bij een concessieovereenkomst voor diensten de tegenprestatie voor de dienstverlening bestaat in het recht om de dienst te exploiteren, al dan niet gepaard gaande met een prijs.

52 De gestelde vragen gaan expliciet ervan uit dat de opdrachtnemer volgens de betrokken overeenkomst geen rechtstreekse vergoeding van de aanbestedende dienst ontvangt, maar het recht heeft om op privaatrechtelijke basis vergoedingen van derden te innen.

53 Tegen de achtergrond van het in punt 51 van dit arrest genoemde criterium gaat het bij de omstandigheid dat de dienstverrichter wordt vergoed door middel van betalingen door derden, in casu de gebruikers van de betrokken dienst, om een van de vormen waarin het aan de dienstverrichter toegekende recht om de dienst te exploiteren, kan worden uitgeoefend.

54 Dit criterium vloeide reeds voort uit de rechtspraak van het Hof vóór de inwerkingtreding van richtlijn 2004/17. Volgens deze rechtspraak was er sprake van een concessie voor diensten wanneer de overeengekomen wijze van beloning bestond in het recht van de dienstverrichter om zijn eigen prestatie te exploiteren (zie in die zin arrest Telaustria en Telefonadress, reeds aangehaald, punt 58; beschikking van 30 mei 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Jurispr. blz. I-4685, punten 27 en 28, alsmede arresten van 18 juli 2007, Commissie/Italië, C- 382/05, Jurispr. blz. I-6657, punt 34, en 13 november 2008, Commissie/Italië, C- 437/07, punt 29).

55 In dit verband is het niet van belang of de vergoeding door het privaat- dan wel het publiekrecht wordt beheerst.

56 Het Hof heeft erkend dat er onder meer sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten wanneer de dienstverrichter wordt vergoed door betalingen van de gebruikers van een openbare parkeerplaats, een openbaarvervoerdienst en een kabeltelevisienet (zie arrest Parking Brixen, reeds aangehaald, punt 40; arrest van 6 april 2006, ANAV, C-410/04, Jurispr. blz. I-3303, punt 16, en arrest Coditel Brabant, reeds aangehaald, punt 24).

57 Hieruit volgt dat in geval van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten de omstandigheid dat de opdrachtnemer niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, voldoet aan het door artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17 voorgeschreven vereiste van een tegenprestatie.

58 Deze conclusie brengt evenwel mee dat de in die bepaling voorkomende begrippen „recht […] te exploiteren" en „tegenprestatie voor de te verrichten diensten" moeten worden gepreciseerd.

59 Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat wanneer de overeengekomen wijze van beloning bestaat in het recht van de dienstverrichter om zijn eigen prestatie te exploiteren, die wijze van beloning impliceert dat deze het aan de exploitatie van de betrokken diensten verbonden risico draagt (zie in die zin reeds aangehaalde arresten Parking Brixen, punt 40; Commissie/Italië, van 18 juli 2007, punt 34, en Commissie/Italië, van 13 november 2008, punt 29).

60 Dienaangaande hebben de belanghebbenden die opmerkingen hebben ingediend, primair of subsidiair uiteenlopende standpunten ingenomen.

61 WAZV Gotha betoogt dat het feit dat de opdrachtnemer in de specifieke omstandigheden van de zaak in het hoofdgeding het aan de exploitatie verbonden risico draagt, volstaat om van een concessieovereenkomst voor diensten te kunnen spreken.

62 Volgens Stadtwirtschaft, WAL en de Tsjechische regering behoeft de opdrachtnemer dit risico niet geheel te dragen. Het volstaat dat hij het voor het overgrote deel op zich neemt.

63 De Duitse regering meent dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten zodra de opdrachtnemer een aan de exploitatie verbonden risico draagt dat niet volstrekt onbeduidend is.

64 Eurawasser stelt zich op het standpunt dat er bij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transactie geen sprake is van een significant risico dat door de aanbestedende dienst op de opdrachtnemer kan worden overgedragen. Derhalve moet deze als opdracht en niet als concessieovereenkomst worden gekwalificeerd.

65 De Commissie merkt op dat er sprake moet zijn van een aanzienlijk exploitatierisico, dat echter niet noodzakelijkerwijs moet overeenstemmen met het gewoonlijk op een vrije markt gelopen economische risico. Een dienstenopdracht waarvan het economische risico door de overheid tot een minimum is teruggebracht, kan niet als concessieovereenkomst voor diensten worden aangemerkt.

66 In dit verband moet worden opgemerkt dat het risico inherent is aan de economische exploitatie van de dienst.

67 Blijft het risico volledig voor rekening van de aanbestedende dienst, doordat hij de dienstverrichter niet blootstelt aan de aan de opdracht verbonden risico's, dan is voor de gunning van de exploitatie van de dienst vereist dat de door richtlijn 2004/17 voorgeschreven formaliteiten worden toegepast met het oog op bescherming van de transparantie en de mededinging.

68 Wanneer in het geheel geen aan de verlening van de dienst verbonden risico wordt overgedragen op de dienstverrichter, vormt de bedoelde transactie een opdracht voor diensten (zie in die zin arrest van 27 oktober 2005, Contse e.a., C-234/03, Jurispr. blz. I-9315, punt 22, en reeds aangehaald arrest Commissie/Italië, van 18 juli 2007, punten 35-37, alsmede, naar analogie, wat een concessieovereenkomst voor werken betreft, reeds aangehaald arrest Commissie/Italië, van 13 november 2008, punten 30 en

32-35). Zoals opgemerkt in punt 51 van het onderhavige arrest, zou in laatstbedoeld geval de tegenprestatie niet bestaan in het recht om de dienst te exploiteren.

69 De gestelde vragen gaan ervan uit dat de betrokken dienstverrichting zeer beperkt economische risico's inhoudt, ook wanneer die dienst door de aanbestedende dienst zou worden verricht, en wel wegens toepassing van de voor de betrokken activiteitensector specifieke regeling.

70 Wil in dergelijke omstandigheden de betrokken transactie een concessie vormen, dan moet het volgens bepaalde voor het Hof aangevoerde argumenten bij het van de concessieverlener op de concessiehouder overgedragen risico om een aanzienlijk risico gaan.

71 Zo algemeen gesteld kunnen die argumenten niet worden aanvaard.

72 Het is gebruikelijk dat voor bepaalde activiteitensectoren, met name sectoren die verband houden met activiteiten van openbaar nut, zoals de watervoorziening en de afvoer van afvalwater, regelingen gelden die een beperking van de economische risico's tot gevolg kunnen hebben.

73 Enerzijds vergemakkelijkt de publiekrechtelijke organisatie die geldt voor de economische en financiële exploitatie van de dienst, het toezicht op de exploitatie daarvan, en verkleint zij het aantal factoren dat de transparantie kan aantasten en de mededinging kan vervalsen.

74 Anderzijds moet het te goeder trouw handelende aanbestedende diensten voortaan vrijstaan om de dienstverrichting door middel van een concessie te verzekeren wanneer zij van mening zijn dat zulks de beste manier is om de betrokken openbare dienst te verzekeren, zelfs wanneer het aan de exploitatie verbonden risico erg beperkt is.

75 Het zou voorts niet redelijk zijn om van een concessieverlenende overheidsinstantie te verlangen dat zij strengere mededingingsvoorwaarden met een groter economisch risico in het leven roept dan die waarvan op grond van de voor de betrokken sector geldende regeling in die sector sprake is.

76 Heeft de aanbestedende dienst geen enkele invloed op de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, dan is het hem in dergelijke omstandigheden onmogelijk om risicofactoren die op grond daarvan zijn uitgesloten, in te voeren en bijgevolg over te dragen.

77 Ook al is het risico voor de aanbestedende dienst erg beperkt, het is voor de conclusie dat er sprake is van een concessieovereenkomst voor diensten hoe dan ook noodzakelijk dat de aanbestedende dienst het op hem rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel overdraagt op de concessiehouder.

78 Het staat aan de nationale rechter om te beoordelen of het op de aanbestedende dienst rustende risico in zijn geheel dan wel voor een aanzienlijk deel is overgedragen.

79 Daartoe mogen de algemene risico's als gevolg van wijzigingen van de regeling tijdens de uitvoering van de overeenkomst niet in aanmerking worden genomen.

80 Derhalve dient op de eerste en de tweede vraag te worden geantwoord dat de omstandigheid dat de opdrachtnemer in het kader van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, volstaat om deze overeenkomst aan te merken als „concessieovereenkomst voor diensten" in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17, wanneer de opdrachtnemer het op de aanbestedende dienst rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel op zich neemt, ook al is dit risico op grond van de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, van meet aan zeer beperkt.

De derde vraag

81 Gelet op het antwoord op de eerste en de tweede vraag, behoeft de derde vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

82 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart voor recht:

De omstandigheid dat de opdrachtnemer in het kader van een overeenkomst inzake het verrichten van diensten niet rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, maar het recht heeft om vergoedingen van derden te innen, volstaat om deze overeenkomst aan te merken als „concessieovereenkomst voor diensten" in de zin van artikel 1, lid 3, sub b, van richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, wanneer de opdrachtnemer het op de aanbestedende dienst rustende exploitatierisico in zijn geheel of althans voor een aanzienlijk deel op zich neemt, ook al is dit risico op grond van de wijze waarop de dienst publiekrechtelijk is georganiseerd, van meet aan zeer beperkt.

ondertekeningen