ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τρίτο τμήμα)

της 10ης Σεπτεμβρίου 2009 *

Στην υπόθεση C-206/08,

με αντικείμενο αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, που υπέβαλε το Thüringer Oberlandesgericht (Γερμανία) με απόφαση της 8ης Μαΐου 2008, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 19 Μαΐου 2008, στο πλαίσιο της δίκης

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

κατά

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

παρισταμένων των:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

Wasserverband Lausitz Betriebsführung GmbH (WAL),

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τρίτο τμήμα),

συγκείμενο από τους A. Rosas, πρόεδρο τμήματος, J. N. Cunha Rodrigues (εισηγητή), J. Klučka, P. Lindh, και A. Arabadjiev, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: D. Ruiz-Jarabo Colomer
γραμματέας: C. Strömholm, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 23ης Απριλίου 2009,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

— η Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), εκπροσωπούμενη από τους S. Wellmann και P. Hermisson, Rechtsanwälte,

— η Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, εκπροσωπούμενη από τον U.-D. Pape, Rechtsanwalt,

— η Stadtwirtschaft Gotha GmbH, εκπροσωπούμενη από την E. Glahs, Rechtsanwältin,

— η Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), εκπροσωπούμενη από τους S. Gesterkamp και S. Sieme, Rechtsanwälte,

— η Γερμανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τους M. Lumma και J. Möller,

— η Τσεχική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Smolek,

— η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τους P. Oliver, D. Kukovec και C. Zadra, επικουρούμενους από τον B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

κατόπιν της αποφάσεως που έλαβε, αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα, να εκδικάσει την υπόθεση χωρίς ανάπτυξη προτάσεων,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

1 Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία της έννοιας «σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών» υπό την έννοια της οδηγίας 2004/17/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 1).

2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο ένδικης διαφοράς μεταξύ της Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (ένωσης διανομής νερού και αποχέτευσης των λυμάτων του Δήμου Gotha και κοινοτήτων που υπάγονται στη διοικητική περιφέρεια αυτού, στο εξής: WAZV Gotha) και της Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (επιχείρησης επεξεργασίας και αποχέτευσης των λυμάτων, στο εξής: Eurawasser) σχετικά με την ανάθεση της δημόσιας υπηρεσίας διανομής πόσιμου νερού και αποχέτευσης των λυμάτων.

Το νομικό πλαίσιο

3 Το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχεία α΄ και δ΄, της οδηγίας 2004/17 προβλέπει τα εξής:

«2 α) Ως “συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών” νοούνται συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων από τους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι ορίζονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, και ενός ή περισσοτέρων εργοληπτών, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών

[…]

δ) Ως “συμβάσεις υπηρεσιών” νοούνται συμβάσεις πλην των συμβάσεων έργων ή προμηθειών, που έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών, οι οποίες αναφέρονται στο παράρτημα XVII.

[…]»

4 Το άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β΄, της οδηγίας αυτής έχει ως εξής:

«ως “σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών” νοείται μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.»

5 Το άρθρο 2 της οδηγίας ορίζει τα ακόλουθα:

«1. Για τους σκοπούς της παρούσας οδηγίας, νοούνται ως:

α) “αναθέτουσες αρχές”: το κράτος, οι αρχές, τοπικές ή περιφερειακές, οι οργανισμοί δημοσίου δικαίου και οι ενώσεις μιας ή περισσότερων από τις προαναφερόμενες αρχές ή οργανισμούς δημοσίου δικαίου.

[…]

2. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι:

α) είναι αναθέτουσες αρχές ή δημόσιες επιχειρήσεις και ασκούν μια από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 3 έως 7·

[…]».

6 Το άρθρο 4 της οδηγίας 2004/17 προβλέπει τα εξής:

«1. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται στις ακόλουθες δραστηριότητες:

α) διάθεση ή εκμετάλλευση σταθερών δικτύων σχεδιασμένων για να παρέχουν στο κοινό υπηρεσίες στον τομέα της παραγωγής, της μεταφοράς ή της διανομής πόσιμου ύδατος, ή

β) τροφοδότηση των εν λόγω δικτύων με πόσιμο ύδωρ.

2. Η παρούσα οδηγία εφαρμόζεται επίσης στις συμβάσεις που συνάπτονται ή στους διαγωνισμούς μελετών που διοργανώνονται από τους φορείς που ασκούν δραστηριότητα οριζόμενη στην παράγραφο 1, και τα οποία:

[…]

β) συνδέονται με την αποχέτευση ή την επεξεργασία λυμάτων.

[…]»

7 Το άρθρο 18 της οδηγίας αυτής ορίζει τα ακόλουθα:

«Η παρούσα οδηγία δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης έργων ή υπηρεσιών, όπως ορίζονται στο άρθρο 1, παράγραφος 3, οι οποίες ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς κατά την άσκηση μιας ή περισσοτέρων από τις δραστηριότητες που αναφέρονται στα άρθρα 3 έως 7, όταν οι παραχωρήσεις αυτές γίνονται για την άσκηση των εν λόγω δραστηριοτήτων.»

8 Το άρθρο 31 της εν λόγω οδηγίας προβλέπει τα εξής:

«Οι συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα XVII Α συνάπτονται σύμφωνα με τα άρθρα 34 έως 59.»

9 Το άρθρο 32 της ίδιας οδηγίας έχει ως ακολούθως:

«Οι συμβάσεις οι οποίες έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες που απαριθμούνται στο παράρτημα XVII Β διέπονται μόνο από τα άρθρα 34 και 43.»

10 Κατά το άρθρο 71 της οδηγίας 2004/17, τα κράτη μέλη όφειλαν να θέσουν σε ισχύ τις διατάξεις που είναι αναγκαίες για να συμμορφωθούν με την εν λόγω οδηγία το αργότερο στις 31 Ιανουαρίου 2006.

Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα

11 Από τη δικογραφία προκύπτει ότι η WAZV Gotha είναι μια ένωση που αποτελείται από κοινότητες και η οποία, βάσει ορισμένων διατάξεων του γερμανικού δικαίου, υπέχει την υποχρέωση να εξασφαλίζει στους κατοίκους της περιφέρειάς της τη διανομή του πόσιμου νερού και την αποχέτευση των λυμάτων.

12 Στο πλαίσιο σύμβασης εντολής διαχειρίσεως υποθέσεων που συνήφθη το 1994, η WAZV Gotha ανέθεσε στη Stadtwirtschaft Gotha GmbH (δημοτική επιχείρηση του Δήμου Gotha, στο εξής: Stadtwirtschaft) την παροχή όλων των τεχνικών, εμπορικών και διοικητικών υπηρεσιών στον τομέα της διανομής νερού. Δεδομένου ότι η σύμβαση αυτή έληγε κατά τη διάρκεια του 2008, η WAZV Gotha επιχείρησε να καταστήσει μέλος της τη Stadtwirtschaft, προκειμένου να εξακολουθήσει να της αναθέτει τη διαχείριση υποθέσεων. Ωστόσο, οι εποπτικές αρχές, επικαλούμενες τις σχετικές με τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων διατάξεις, δεν επέτρεψαν να γίνει η Stadtwirtschaft μέλος της WAZV Gotha.

13 Προκειμένου να συνεχίσει να αναθέτει τη διαχείριση υποθέσεων σε τρίτους, η WAZV Gotha αποφάσισε να παραχωρήσει την υπηρεσία διανομής του πόσιμου νερού και αποχέτευσης των λυμάτων. Προς τούτο, η WAZV Gotha κίνησε, τον Σεπτέμβριο του 2007, ανεπίσημη διαδικασία υποβολής προσφορών αντί να κάνει χρήση της επίσημης διαδικασίας σύναψης δημοσίων συμβάσεων των άρθρων 97 επ. του νόμου κατά των περιορισμών του ανταγωνισμού (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, στο εξής: GWB). Ωστόσο, η WAZV Gotha μερίμνησε ώστε να δημοσιευτεί πρόσκληση υποβολής προσφορών στο φύλλο της *Επίσημης Εφημερίδας της Ευρωπαϊκής Ένωσης* της 19ης Σεπτεμβρίου 2007, με τον αριθμό 2007/S 180-220518.

14 Με την προκήρυξη του διαγωνισμού ανακοινώθηκε ότι επρόκειτο να παραχωρηθούν για διάρκεια 20 ετών οι υπηρεσίες διανομής νερού και αποχέτευσης λυμάτων για την περιφέρεια της WAZV Gotha και προσκλήθηκαν οι ενδιαφερόμενες επιχειρήσεις να υποβάλουν τις υποψηφιότητές τους.

15 Η προκήρυξη του διαγωνισμού και τα σχετικά προσύμφωνα προέβλεπαν ότι ο παραχωρησιούχος, βάσει συμβάσεων ιδιωτικού δικαίου τις οποίες θα συνήπτε ιδίω ονόματι και για ίδιο λογαριασμό, θα παρείχε τις αναφερόμενες υπηρεσίες στους χρήστες που κατοικούν εντός της περιφέρειας της WAZV Gotha και ότι οι εν λόγω χρήστες θα κατέβαλλαν αμοιβή ως αντάλλαγμα.

16 Προβλεπόταν επίσης η αρμοδιότητα του παραχωρησιούχου να υπολογίζει ο ίδιος κατά εύλογη κρίση τις οφειλόμενες για τις παρεχόμενες υπηρεσίες αμοιβές και να καθορίζει το ύψος τους με αποκλειστική του ευθύνη. Ωστόσο, η αρμοδιότητα αυτή υπέκειτο σε περιορισμούς, στο μέτρο που οριζόταν ότι, έως τις 31 Δεκεμβρίου 2009, ο παραχωρησιούχος υποχρεούται να εισπράττει τις κατά τον χρόνο δημοσίευσης της προκήρυξης ισχύουσες αμοιβές ενώ, εν συνεχεία, οι αμοιβές οφείλουν να συμμορφώνονται προς τις διατάξεις του νόμου περί δημοτικών φόρων της Θουριγγίας (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 Η προκήρυξη του διαγωνισμού και τα σχετικά προσύμφωνα προέβλεπαν επιπλέον ότι οι τεχνικές εγκαταστάσεις διανομής του νερού και αποχέτευσης των λυμάτων παραμένουν στην κυριότητα της WAZV Gotha και ότι θα μισθώνονται από τον παραχωρησιούχο, ο οποίος δικαιούται να μετακυλίσει το αντίστοιχο μίσθωμα στους χρήστες, ενσωματώνοντάς το στην αμοιβή της οποίας την καταβολή αξιώνει από τους

χρήστες αυτούς ως αντάλλαγμα για τις παρεχόμενες υπηρεσίες. Η συντήρηση των εγκαταστάσεων αυτών βαρύνει τον παραχωρησιούχο.

18 Η WAZV Gotha ανέλαβε την υποχρέωση να κηρύξει, με κανονιστική πράξη, υποχρεωτική τη σύνδεση στα δημόσια δίκτυα διανομής νερού και αποχέτευσης των λυμάτων καθώς και τη χρήση των δικτύων αυτών. Ωστόσο, ο παραχωρησιούχος δεν μπορούσε να απαιτήσει την τήρηση της υποχρέωσης αυτής σε κάθε ατομική περίπτωση.

19 Τέλος, η WAZV Gotha ανέλαβε την υποχρέωση να μεταβιβάζει στον παραχωρησιούχο τις λαμβανόμενες από αυτή δημόσιες επιδοτήσεις, στο πλαίσιο των κατά νόμο δυνατοτήτων.

20 Με την προκήρυξη του διαγωνισμού ορίστηκε η 8η Οκτωβρίου 2007 ως ημερομηνία λήξεως της προθεσμίας για την παραλαβή αιτήσεων συμμετοχής. Η Eurowasser, με έγγραφο της 4ης Οκτωβρίου 2007, διατύπωσε αντιρρήσεις ως προς τη σχεδιαζόμενη από τη WAZV Gotha ανάθεση των ανωτέρω υπηρεσιών μέσω συμβάσεως παραχωρήσεως υπηρεσιών και όχι μέσω επίσημης προκηρύξεως διαγωνισμού για τη σύναψη συμβάσεως παροχής υπηρεσιών.

21 Η Eurawasser υπέβαλε αίτηση συμμετοχής στις 8 Οκτωβρίου 2007. Η Stadtwirtschaft και η Wasserverband Lausitz Betriebsführung GmbH (επιχείρηση διαχείρισης εξαρτώμενη από την ένωση οργανισμών τοπικής αυτοδιοίκησης της περιοχής Lausitz, στο εξής: WAL) συμμετείχαν επίσης στη διαδικασία του διαγωνισμού και κλήθηκαν από τη WAZV Gotha να υποβάλουν προσφορές. Συνολικά, κατά την εκπνοή της οριζόμενης στην προκήρυξη του διαγωνισμού προθεσμίας, είχαν υποβληθεί οκτώ αιτήσεις συμμετοχής.

22 Η WAZV Gotha απέρριψε τις αντιρρήσεις της Eurawasser με έγγραφο της 9ης Οκτωβρίου 2007. Η Eurawasser, αφού προέβαλε, χωρίς αποτέλεσμα, περαιτέρω αντιρρήσεις στις 19 Οκτωβρίου και στις 23 Οκτωβρίου 2007, άσκησε προσφυγή ενώπιον του αρμόδιου Vergabekammer (τμήματος δημοσίων συμβάσεων) για τον λόγο ότι η WAZV Gotha δεν επέλεξε την ενδεδειγμένη διαδικασία ανάθεσης.

23 Με απόφαση της 24ης Ιανουαρίου 2008, το Vergabekammer έκρινε ότι η εν λόγω πράξη συνιστά στην πραγματικότητα σύμβαση υπηρεσιών, ότι η WAZV Gotha όφειλε να έχει κινήσει επίσημη διαδικασία συνάψεως δημοσίας συμβάσεως και ότι η διαδικασία πρέπει να επανέλθει στο προ της δημοσιεύσεως της προκηρύξεως του διαγωνισμού στάδιο.

24 Η WAZV Gotha άσκησε έφεση κατά της αποφάσεως αυτής ενώπιον του Thüringer Oberlandesgericht.

25 Στη Stadtwirtschaft και στη WAL επιτράπηκε να παρέμβουν στη διαδικασία αυτή.

26 Υπό τις συνθήκες αυτές, το Thüringer Oberlandesgericht αποφάσισε να αναστείλει την ενώπιόν του διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Πρέπει μια σύμβαση παροχής υπηρεσιών (εν προκειμένω υπηρεσιών διανομής νερού και επεξεργασίας λυμάτων), κατά το περιεχόμενο της οποίας δεν πραγματοποιείται άμεση καταβολή αμοιβής από τον αναθέτοντα φορέα στον προμηθευτή, αλλά παρέχεται στον προμηθευτή το δικαίωμα να εισπράττει αμοιβές κατά το αστικό δίκαιο από τρίτους, να χαρακτηρίζεται, γι' αυτόν και μόνο τον λόγο, ως σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β΄, της οδηγίας [2004/17] —κατ' αντιδιαστολή προς μια σύμβαση εξ επαχθούς αιτίας που συνιστά η σύμβαση υπηρεσιών, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχεία α΄ και δ΄, της οδηγίας;

2) Αν στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί αρνητική απάντηση, υφίσταται στην περίπτωση συμβάσεων του εκτιθέμενου στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα είδους σύμβαση παραχωρήσεως υπηρεσιών, όταν, λόγω της διαμορφώσεως της επίμαχης παροχής υπηρεσιών κατά το δημόσιο δίκαιο (αναγκαστική σύνδεση και χρήση, υπολογισμός της τιμής βάσει της αρχής της καλύψεως των εξόδων), ο συνδεόμενος με την παροχή αυτή επιχειρηματικός κίνδυνος είναι μεν σημαντικά περιορισμένος εκ των προτέρων, δηλαδή ακόμη και αν ο αναθέτων φορέας προέβαινε ο ίδιος στην παροχή της υπηρεσίας, ο προμηθευτής όμως αναλαμβάνει πλήρως ή τουλάχιστον ως επί το πλείστον τον περιορισμένο αυτόν κίνδυνο;

3) Σε περίπτωση επίσης αρνητικής απαντήσεως στο δεύτερο ερώτημα, έχει το άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας [2004/17] την έννοια ότι ο συνδεόμενος με την παροχή της υπηρεσίας επιχειρηματικός κίνδυνος, ιδίως ο εμπορικός κίνδυνος, πρέπει να προσεγγίζει ποιοτικώς αυτόν που συνήθως υφίσταται υπό συνθήκες ελεύθερης αγοράς με περισσότερους ανταγωνιζομένους παρόχους;»

Επί του παραδεκτού

27 Η WAZV Gotha προβάλλει ότι η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως είναι απαράδεκτη για τον λόγο ότι η απάντηση στο πρώτο ερώτημα προκύπτει σαφώς από τον ορισμό της παραχώρησης υπηρεσιών του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17, καθώς και από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Επομένως, η ζητούμενη ερμηνεία δεν ανταποκρίνεται σε καμία ανάγκη. Η WAL προβάλλει κατ' ουσίαν παρόμοια επιχειρήματα.

28 Η Stadtwirtschaft υποστηρίζει ότι τα προδικαστικά ερωτήματα δεν ασκούν επιρροή στην απόφαση που πρέπει να εκδώσει το αιτούν δικαστήριο, δεδομένου ότι η διαφορά της κύριας δίκης μπορεί να επιλυθεί χωρίς να δοθεί απάντηση στα εν λόγω ερωτήματα. Συγκεκριμένα, κατά τη Stadtwirtschaft, η διαδικασία ανάθεσης που εφάρμοσε η WAZV Gotha είναι νομότυπη ακόμα και αν αποδειχτεί ότι οι επίμαχες συμβάσεις της κύριας δίκης πρέπει να χαρακτηριστούν ως συμβάσεις υπηρεσιών που εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας 2004/17.

29 Αντιθέτως, η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων εκτιμά ότι η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως είναι παραδεκτή. Όπως προκύπτει από την απόφαση περί παραπομπής, το εθνικό δικαστήριο κρίνει ότι τα προδικαστικά ερωτήματα που αφορούν τη διάκριση μεταξύ των εννοιών της συμβάσεως υπηρεσιών και της παραχωρήσεως υπηρεσιών τού είναι απαραίτητα για να αποφανθεί επί του παραδεκτού της έφεσης της οποίας έχει επιληφθεί.

30 Κατόπιν της υποβολής της αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, η WAZV Gotha αποφάσισε, στις 4 Σεπτεμβρίου 2008, να ακυρώσει τη διαδικασία υποβολής προσφορών που αποτελεί αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης.

31 Κατόπιν της ακυρώσεως αυτής, η Eurawasser μετέβαλε τα αιτήματα της προσφυγής της χωρίς να παραιτηθεί από αυτήν. Η Eurawasser ζητεί πλέον να εκδοθεί απόφαση με την οποία να διαπιστώνεται ότι, λόγω της ακυρωθείσας διαδικασίας, προσβάλλονται τα δικαιώματα που αντλεί από τα άρθρα 97 επ. του GWB σχετικά με την τήρηση των κανόνων περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων.

32 Με έγγραφο της 24ης Δεκεμβρίου 2008, το αιτούν δικαστήριο ενημέρωσε το Δικαστήριο ότι εμμένει στην αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως. Συγκεκριμένα, το αιτούν δικαστήριο κρίνει ότι για να αποφανθεί επί της προσφυγής, ως έχει κατόπιν της μεταβολής των αιτημάτων, εξακολουθεί να είναι αναγκαίο να δοθεί απάντηση στα υποβληθέντα ερωτήματα, αν μη τι άλλο διότι οι συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών εκ προοιμίου δεν εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής των άρθρων 97 επ. του GWB και διότι, ως εκ τούτου, η μεταβολή των αιτημάτων της προσφυγής της κύριας δίκης ουδεμία επιρροή ασκεί στο γεγονός ότι η προσφυγή ενώπιον των δικαιοδοτικών οργάνων που είναι αρμόδια για τον έλεγχο των εφαρμοστέων διαδικασιών στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, ήτοι των Vergabekammer και Vergabesenat, είναι απαράδεκτη στην περίπτωση κατά την οποία η επίμαχη σύμβαση της κύριας δίκης χαρακτηριστεί ως παραχώρηση υπηρεσιών.

33 Συναφώς, το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι, στο πλαίσιο της συνεργασίας μεταξύ του ιδίου και των εθνικών δικαστηρίων που καθιερώνει το άρθρο 234 ΕΚ, εναπόκειται αποκλειστικώς στο εθνικό δικαστήριο που έχει επιληφθεί της διαφοράς και φέρει την ευθύνη της εκδοθησόμενης δικαστικής απόφασης να εκτιμήσει, λαμβάνοντας υπόψη τις ιδιομορφίες της υπόθεσης, τόσο την αναγκαιότητα μιας προδικαστικής απόφασης για την έκδοση της δικής του απόφασης όσο και το λυσιτελές των ερωτημάτων που υποβάλλει στο Δικαστήριο. Συνεπώς, εφόσον τα υποβαλλόμενα ερωτήματα αφορούν την ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου, το Δικαστήριο υποχρεούται καταρχήν να απαντήσει (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 23ης Απριλίου 2009, C-544/07, Rüffler, Συλλογή 2009, σ. I-3389, σκέψη 36 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

34 Ωστόσο, το Δικαστήριο έχει κρίνει επίσης ότι, σε εξαιρετικές περιστάσεις, οφείλει να εξετάζει τις συνθήκες υπό τις οποίες του ζητήθηκε από το εθνικό δικαστήριο να εκδώσει προδικαστική απόφαση, προκειμένου να ελέγξει κατά πόσον είναι αρμόδιο να

απαντήσει. Δεν είναι δυνατόν να προβληθεί άρνηση απαντήσεως σε προδικαστικό ερώτημα εθνικού δικαστηρίου παρά μόνον όταν προδήλως προκύπτει ότι η ερμηνεία του κοινοτικού δικαίου την οποία ζητεί το εθνικό δικαστήριο δεν έχει καμία σχέση με το υποστατό ή το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης, όταν το πρόβλημα είναι υποθετικής φύσεως ή ακόμα όταν το Δικαστήριο δεν διαθέτει τα πραγματικά ή νομικά στοιχεία που είναι αναγκαία προκειμένου να δώσει χρήσιμη απάντηση στα ερωτήματα που του υποβλήθηκαν (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση Rüffler, σκέψεις 37 και 38 καθώς και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

35 Με την απόφαση περί παραπομπής, καθώς και με το έγγραφο της 24ης Δεκεμβρίου 2008, το αιτούν δικαστήριο εξήγησε σαφώς τους λόγους για τους οποίους κρίνει ότι τα ερωτήματα που υποβάλλει είναι λυσιτελή και ότι η απάντηση στα ερωτήματα αυτά είναι αναγκαία για την επίλυση της ενώπιόν του εκκρεμούς διαφοράς. Υπό το φως των εξηγήσεων αυτών, το υποβληθέντα ερωτήματα δεν είναι υποθετικά ούτε άσχετα με το αντικείμενο της διαφοράς της κύριας δίκης.

36 Επομένως, τα προδικαστικά ερωτήματα είναι παραδεκτά.

Επί των προδικαστικών ερωτημάτων

Προκαταρκτικές παρατηρήσεις

37 Προκαταρκτικώς, διευκρινίζεται ότι, σύμφωνα με τα στοιχεία της δικογραφίας, η WAZV Gotha εμπίπτει στον ορισμό της αναθέτουσας αρχής του άρθρου 2, παράγραφος 1, στοιχείο α΄, της οδηγίας 2004/17, λαμβανομένου υπόψη ότι η αναθέτουσα αρχή αποτελεί μια από τις κατηγορίες αναθετόντων φορέων στις οποίες η οδηγία αυτή εφαρμόζεται δυνάμει του άρθρου της 2, παράγραφος 2, στοιχείο α΄.

38 Επιπλέον, η υπόθεση της κύριας δίκης εμπίπτει στην οδηγία 2004/17, σύμφωνα με το άρθρο 4 της οδηγίας αυτής, στο μέτρο που η οικεία αναθέτουσα αρχή, ήτοι η WAZV Gotha, δραστηριοποιείται στον τομέα της τροφοδοσίας με πόσιμο νερό και της αποχέτευσης των λυμάτων.

39 Η οδηγία 2004/17 έχει εφαρμογή ratione temporis στη διαφορά της κύριας δίκης καθόσον, λαμβανομένου υπόψη ότι στις 31 Ιανουαρίου 2006 έληξε η οριζόμενη στο άρθρο 71 της οδηγίας προθεσμία για την υλοποίηση της, η επίμαχη στην κύρια δίκη διαδικασία υποβολής προσφορών κινήθηκε τον Σεπτέμβριο του 2007.

40 Υπενθυμίζεται ότι, με το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, της οδηγίας 2004/17, ενσωματώθηκε στην κοινοτική νομοθεσία ορισμός της παραχώρησης υπηρεσιών. Οι προγενέστερες οδηγίες που ρύθμιζαν τον εν λόγω τομέα, και ειδικότερα η οδηγία 93/38/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 14ης Ιουνίου 1993, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των τηλεπικοινωνιών (ΕΕ L 199, σ. 84), δεν περιείχαν ανάλογο ορισμό.

41 Με το άρθρο 18 της οδηγίας 2004/17, ο κοινοτικός νομοθέτης διευκρίνισε ότι η οδηγία αυτή δεν εφαρμόζεται στις συμβάσεις παραχώρησης υπηρεσιών, οι οποίες ανατίθενται από αναθέτοντες φορείς κατά την άσκηση δραστηριοτήτων, μεταξύ άλλων, στον τομέα του ύδατος.

42 Επίσης, υπενθυμίζεται ότι, όσον αφορά το πεδίο εφαρμογής της, η οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών (ΕΕ L 134, σ. 114), περιλαμβάνει, στο άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, και παράγραφος 4, ορισμούς για τη «δημόσια σύμβαση» και για τη «σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών» που είναι κατ' ουσίαν παρόμοιοι με τους αντίστοιχους ορισμούς του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, και παράγραφος 3, στοιχείο β΄, της οδηγίας 2004/17.

43 Η ομοιότητα αυτή απαιτεί να χρησιμοποιηθούν οι ίδιες εκτιμήσεις για την ερμηνεία τόσο της έννοιας της σύμβασης υπηρεσιών όσο και της έννοιας της παραχώρησης υπηρεσιών στα αντίστοιχα πεδία εφαρμογής των δύο προαναφερθεισών οδηγιών.

44 Επομένως, αν η επίμαχη στην κύρια δίκη πράξη χαρακτηριστεί ως «σύμβαση υπηρεσιών» υπό την έννοια της οδηγίας 2004/17, για τη σύναψη της σύμβασης αυτής εφαρμόζονται, καταρχήν, οι διαδικασίες των άρθρων 31 και 32 της εν λόγω οδηγίας. Αντιθέτως, αν η πράξη αυτή χαρακτηριστεί ως σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, η οδηγία 2004/17, βάσει του άρθρου της 18, δεν έχει εφαρμογή στη σύμβαση. Στην περίπτωση αυτή, η ανάθεση της σύμβασης παραχώρησης εξακολουθεί να υπάγεται στους θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης ΕΚ γενικώς και στις αρχές της ίσης μεταχειρίσεως και της απαγορεύσεως των διακρίσεων λόγω ιθαγένειας καθώς και στη συνακόλουθη αρχή της διαφάνειας ειδικώς (βλ., συναφώς, αποφάσεις της 7ης Δεκεμβρίου 2000, C-324/98, Telaustria και Telefonadress, Συλλογή 2000, σ. I-10745, σκέψεις 60 έως 62, της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname, Συλλογή 2005, σ. I-7287, σκέψεις 16 έως 19, της 13ης Οκτωβρίου 2005, C-458/03, Parking Brixen, Συλλογή 2005, σ. I-8585, σκέψεις 46 έως 49, και της 13ης Νοεμβρίου 2008, C-324/07, Coditel Brabant, Συλλογή 2008, σ. I-8457, σκέψη 25).

45 Υπό τις συνθήκες αυτές, το αιτούν δικαστήριο αποφάσισε να ζητήσει να διευκρινιστούν τα κριτήρια που παρέχουν τη δυνατότητα να γίνει διάκριση μεταξύ μιας σύμβασης υπηρεσιών και μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών.

Επί του πρώτου και του δεύτερου ερωτήματος

46 Με το πρώτο και το δεύτερο ερώτημα, που πρέπει να εξεταστούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, κατά πόσον, στην περίπτωση μιας σύμβασης που αφορά υπηρεσίες, το γεγονός και μόνον ότι ο προμηθευτής δεν εισπράττει αμοιβή απευθείας από την αναθέτουσα αρχή αλλά δικαιούται να αξιώσει την καταβολή αμοιβής κατά το αστικό δίκαιο από τρίτους, αρκεί για να θεωρηθεί η επίμαχη σύμβαση ως σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17. Στην περίπτωση που δοθεί αρνητική απάντηση στο ερώτημα αυτό, το εθνικό δικαστήριο ερωτά αν η σύμβαση αυτή πρέπει να θεωρηθεί ως σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών οσάκις ο προμηθευτής αναλαμβάνει πλήρως ή τουλάχιστον ως επί το πλείστον τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει η αναθέτουσα

αρχή, έστω και αν ο κίνδυνος αυτός είναι σημαντικά περιορισμένος εκ των προτέρων λόγω της διαμορφώσεως της επίμαχης παροχής υπηρεσιών κατά το δημόσιο δίκαιο.

47 Η WAZV Gotha, η Stadtwirtschaft και η WAL, καθώς και η Γερμανική και η Τσεχική Κυβέρνηση προτείνουν να δοθεί καταφατική απάντηση στο πρώτο ερώτημα και υποστηρίζουν ότι το γεγονός ότι ο προμηθευτής εισπράττει αμοιβή από τους χρήστες της οικείας υπηρεσίας αρκεί για τον χαρακτηρισμό της σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών.

48 Αντιθέτως, η Eurawasser και η Επιτροπή εκτιμούν ότι απαιτείται, επιπλέον, ο προμηθευτής να αναλαμβάνει τον οικονομικό κίνδυνο της εκμετάλλευσης της επίμαχης υπηρεσίας.

49 Συναφώς, επισημαίνεται ότι το άρθρο 1, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, της οδηγίας 2004/17 προβλέπει ότι ως «συμβάσεις προμηθειών, έργων και υπηρεσιών» νοούνται συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας που συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσότερων από τους αναθέτοντες φορείς, οι οποίοι ορίζονται στο άρθρο 2, παράγραφος 2, της οδηγίας αυτής και ενός ή περισσοτέρων εργοληπτών, προμηθευτών ή παρόχων υπηρεσιών.

50 Σύμφωνα με το άρθρο 1, παράγραφος 3, στοιχείο β΄, της εν λόγω οδηγίας, ως «σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών», νοείται μια σύμβαση η οποία παρουσιάζει τα ίδια χαρακτηριστικά με μια σύμβαση υπηρεσιών, εκτός από το γεγονός ότι το εργολαβικό αντάλλαγμα συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.

51 Από τη σύγκριση των δύο αυτών ορισμών προκύπτει ότι η διαφορά μεταξύ μιας σύμβασης υπηρεσιών και μιας σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών έγκειται στο αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών. Η σύμβαση υπηρεσιών προϋποθέτει αντιπαροχή καταβαλλόμενη απευθείας από την αναθέτουσα αρχή στον παρέχοντα τις υπηρεσίες (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Parking Brixen, σκέψη 39), ενώ στην περίπτωση σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών το αντάλλαγμα για την παροχή των υπηρεσιών συνίσταται είτε αποκλειστικά στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας είτε στο δικαίωμα αυτό σε συνδυασμό με καταβολή αμοιβής.

52 Τα υποβληθέντα ερωτήματα στηρίζονται ρητώς στην υπόθεση ότι η επίμαχη σύμβαση προβλέπει ότι ο προμηθευτής δεν εισπράττει αμοιβή απευθείας από την αναθέτουσα αρχή αλλά αξιώνει, κατά το αστικό δίκαιο και με την έγκριση της αναθέτουσας αρχής, την καταβολή αμοιβής από τρίτους.

53 Υπό το πρίσμα του κριτηρίου που εκτίθεται στη σκέψη 51 της παρούσας υπόθεσης, το γεγονός ότι ο παρέχων τις υπηρεσίες εισπράττει αμοιβές που καταβάλλουν τρίτοι, εν προκειμένω οι χρήστες της οικείας υπηρεσίας, συνιστά μια από τις μορφές που μπορεί να πάρει η άσκηση του δικαιώματος εκμετάλλευσης της υπηρεσίας που αναγνωρίζεται στον παρέχοντα τις υπηρεσίες.

54 Το κριτήριο αυτό απέρρεε ήδη από τη νομολογία του Δικαστηρίου πριν τεθεί σε ισχύ η οδηγία 2007/17. Κατά τη νομολογία αυτή, πρόκειται για παραχώρηση υπηρεσιών όταν ο συμπεφωνημένος τρόπος αμοιβής έγκειται στο δικαίωμα του παρέχοντος υπηρεσίες να εκμεταλλεύεται την παροχή του (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσα απόφαση Telaustria και Telefonadress, σκέψη 58, και διάταξη της 30ής Μαΐου 2002, C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, Συλλογή 2002, σ. I-4685, σκέψεις 27 και 28, καθώς και αποφάσεις της 18ης Ιουλίου 2007, C-382/05, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 2007, σ. I-6657, σκέψη 34, και της 13ης Νοεμβρίου 2008, C-437/07, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 29).

55 Συναφώς, δεν ασκεί επιρροή αν η αμοιβή διέπεται από το ιδιωτικό ή το δημόσιο δίκαιο.

56 Το Δικαστήριο αναγνώρισε την ύπαρξη σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, μεταξύ άλλων, σε περιπτώσεις κατά τις οποίες η αμοιβή του παρέχοντος τις υπηρεσίες προέρχεται από καταβολές που πραγματοποιούνται από τους χρήστες ενός δημόσιου χώρου στάθμευσης, μιας υπηρεσίας δημοσίων μεταφορών και ενός δικτύου καλωδιακής τηλεόρασης (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Parking Brixen, σκέψη 40 απόφαση της 6ης Απριλίου 2006, C-410/04, ANAV, Συλλογή 2006, σ. I-3303, σκέψη 16, και προπαρατεθείσα απόφαση Coditel Brabant, σκέψη 24).

57 Από τα ανωτέρω προκύπτει ότι, στην περίπτωση σύμβασης που αφορά υπηρεσίες, το γεγονός ότι ο προμηθευτής δεν εισπράττει αμοιβή απευθείας από την αναθέτουσα αρχή αλλά ότι δικαιούται να αξιώνει την καταβολή αμοιβής από τρίτους ανταποκρίνεται στην απαίτηση περί εργολαβικού ανταλλάγματος του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β', της οδηγίας 2004/17.

58 Το συμπέρασμα αυτό καθιστά ωστόσο αναγκαία τη διευκρίνιση της περιεχόμενης στην εν λόγω διάταξη έννοιας του «δικαιώματος εκμετάλλευσης» ως «εργολαβικού ανταλλάγματος».

59 Από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, οσάκις ο τρόπος αμοιβής έγκειται στο δικαίωμα του παρέχοντος υπηρεσίες να εκμεταλλεύεται την παροχή του, ο τρόπος αυτός αμοιβής συνεπάγεται ότι ο παρέχων τις υπηρεσίες αναλαμβάνει τον σχετιζόμενο με την εκμετάλλευση των επίμαχων υπηρεσιών κίνδυνο (βλ., συναφώς, προπαρατεθείσες αποφάσεις Parking Brixen, σκέψεις 40, της 18ης Ιουλίου 2007, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 34, και της 13ης Νοεμβρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψη 29).

60 Οι ενδιαφερόμενοι, αφού υπέβαλαν παρατηρήσεις, υποστήριξαν, κυρίως ή επικουρικώς, διαφορετικές απόψεις επί του ζητήματος αυτού.

61 Η WAZV Gotha υποστηρίζει ότι το γεγονός ότι η προμηθευτής αναλαμβάνει τον συνδεόμενο με την εκμετάλλευση κίνδυνο, υπό τις περιστάσεις που προσιδιάζουν στην υπόθεση της κύριας δίκης, αρκεί για τον χαρακτηρισμό της σύμβασης ως σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών.

62 Η Stadtwirtschaft, η WAL και η Τσεχική Κυβέρνηση φρονούν ότι ο προμηθευτής δεν οφείλει να αναλαμβάνει πλήρως τον κίνδυνο. Αρκεί να αναλαμβάνει το μεγαλύτερο μέρος του κινδύνου αυτού.

63 Η Γερμανική Κυβέρνηση υποστηρίζει ότι υφίσταται σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών οσάκις ο προμηθευτής αναλαμβάνει ορισμένο κίνδυνο που συνδέεται με την εκμετάλλευση της υπηρεσίας και που δεν είναι παντελώς ασήμαντος.

64 Η Eurawasser φρονεί ότι, στην επίμαχη πράξη της κύριας δίκης, δεν υπάρχει σημαντικός κίνδυνος που να μπορεί να μετακυλιστεί στον προμηθευτή από την αναθέτουσα αρχή. Επομένως, η πράξη αυτή πρέπει να θεωρηθεί ως σύμβαση και όχι ως παραχώρηση.

65 Η Επιτροπή επισημαίνει ότι απαιτείται να υφίσταται σημαντικός επιχειρηματικός κίνδυνος, ο οποίος ωστόσο δεν πρέπει αναγκαστικά να αντιστοιχεί στον οικονομικό κίνδυνο που παρουσιάζεται συνήθως στην ελεύθερη αγορά. Μια σύμβαση υπηρεσιών της οποίας ο οικονομικός κίνδυνος μειώνεται στο ελάχιστο από τις δημόσιες αρχές δεν μπορεί να θεωρείται ως σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών.

66 Συναφώς, επισημαίνεται ότι ο κίνδυνος είναι σύμφυτος με την οικονομική εκμετάλλευση της υπηρεσίας.

67 Σε περίπτωση που η αναθέτουσα αρχή εξακολουθεί να φέρει πλήρως τον κίνδυνο μη εκθέτοντας τον παρέχοντα τις υπηρεσίες στη ρευστότητα τις αγοράς, για την ανάθεση της εκμετάλλευσης της υπηρεσίας απαιτείται η τήρηση των διατυπώσεων που προβλέπει η οδηγία 2004/17 όσον αφορά την προστασία της διαφάνειας και του ανταγωνισμού.

68 Στην περίπτωση κατά την οποία ο συνυφασμένος με την παροχή της υπηρεσίας κίνδυνος δεν μετακυλίεται ούτε κατά το ελάχιστο στον παρέχοντα την υπηρεσία αυτή, η οικεία πράξη συνιστά σύμβαση υπηρεσιών (βλ., συναφώς, απόφαση της 27ης Οκτωβρίου 2005, C-234/03, Contse κ.λπ., Συλλογή 2005, σ. I-9315, σκέψη 22 και προπαρατεθείσα απόφαση της 18ης Ιουλίου 2007, Επιτροπή κατά Ιταλίας, σκέψεις 35 έως 37, καθώς και, κατ' αναλογία, όσον αφορά τη σύμβαση παραχώρησης έργων, προπαρατεθείσα απόφαση της 13ης Νοεμβρίου 2008, Επιτροπή κατά Ιταλίας,

σκέψεις 30 και 32 έως 35). Όπως επισημάνθηκε στη σκέψη 51 της παρούσας απόφασης, στην τελευταία αυτή περίπτωση, η αμοιβή δεν συνίσταται στο δικαίωμα εκμετάλλευσης της υπηρεσίας.

69 Τα υποβληθέντα ερωτήματα έχουν ως αφετηρία την υπόθεση ότι η παροχή της επίμαχης στην κύρια δίκη υπηρεσίας συνεπάγεται σημαντικά περιορισμένο οικονομικό κίνδυνο ακόμα και στην περίπτωση κατά την οποία η εν λόγω υπηρεσία παρέχεται από την αναθέτουσα αρχή και τούτο λόγω της εφαρμογής της ειδικής ρύθμισης που αφορά τον οικείο τομέα.

70 Σύμφωνα όμως με ορισμένα επιχειρήματα που προβλήθηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου, για να συνιστά η επίμαχη πράξη, υπό τις συνθήκες αυτές, σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών, ο κίνδυνος που μετακυλίεται από τον αναθέτοντα στον παραχωρησιούχο πρέπει να είναι σημαντικός.

71 Τα επιχειρήματα αυτά πρέπει δίχως άλλο να απορριφθούν.

72 Είναι σύνηθες ορισμένοι τομείς δραστηριότητας, ειδικότερα οι τομείς που αφορούν τις κοινωφελείς δραστηριότητες, όπως είναι η διανομή νερού και η αποχέτευση των λυμάτων, να αποτελούν αντικείμενο ρύθμισης που ενδέχεται να έχει ως αποτέλεσμα τον περιορισμό του συνυφασμένου με τις δραστηριότητες αυτές οικονομικού κινδύνου.

73 Αφενός, ο τρόπος με τον οποίο το δημόσιο δίκαιο ρυθμίζει την χρηματοοικονομική εκμετάλλευση της υπηρεσίας διευκολύνει τον έλεγχο της εκμετάλλευσης της υπηρεσίας αυτής και περιορίζει τους παράγοντες που είναι ικανοί να διακυβεύσουν τη διαφάνεια και να νοθεύσουν τον ανταγωνισμό.

74 Αφετέρου, πρέπει να επιτρέπεται στις αναθέτουσες αρχές, εφόσον ενεργούν καλόπιστα, να εξασφαλίζουν την παροχή υπηρεσιών μέσω σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών, σε περίπτωση που εκτιμούν ότι η σύμβαση αυτή συνιστά τον καλύτερο τρόπο εξασφάλισης της οικείας δημόσιας υπηρεσίας, τούτο δε ακόμα και αν ο συνδεόμενος με την εκμετάλλευση κίνδυνος είναι σημαντικά περιορισμένος.

75 Επιπλέον, δεν είναι λογικό να ζητείται από μια παραχωρούσα αρχή, λόγω της ρύθμισης που εφαρμόζεται σε ορισμένο τομέα, να δημιουργεί όρους αυξημένου ανταγωνισμού και αυξημένου οικονομικού κινδύνου σε σχέση με τους όρους που επικρατούν στον τομέα αυτό.

76 Στις περιπτώσεις αυτές, δεδομένου ότι η αναθέτουσα αρχή ουδεμία επιρροή ασκεί στον τρόπο με τον οποίο το δημόσιο δίκαιο διαμορφώνει την υπηρεσία, δεν είναι δυνατόν η αρχή αυτή να εισάγει και, ως εκ τούτου, να μετακυλίει παράγοντες κινδύνου οι οποίοι δεν προβλέπονται στο δημόσιο δίκαιο.

77 Εν πάση περιπτώσει, ακόμα και αν ο κίνδυνος που βαρύνει την αναθέτουσα αρχή είναι σημαντικά περιορισμένος, για να διαπιστωθεί η ύπαρξη σύμβασης παραχώρησης υπηρεσιών είναι αναγκαίο η αναθέτουσα αρχή να μετακυλίει στον παραχωρησιούχο πλήρως ή τουλάχιστον ως επί το πλείστον τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει.

78 Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να κρίνει αν η αναθέτουσα αρχή μετακύλισε στον παραχωρησιούχο πλήρως ή ως επί το πλείστον τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει.

79 Προς τούτο, οι γενικοί κίνδυνοι που απορρέουν από νομοθετικές τροποποιήσεις που πραγματοποιήθηκαν κατά τη διάρκεια εκτέλεσης της σύμβασης δεν πρέπει να ληφθούν υπόψη.

80 Κατά συνέπεια, η απάντηση που πρέπει να δοθεί στο πρώτο και στο δεύτερο ερώτημα είναι ότι το γεγονός ότι, στην περίπτωση μιας σύμβασης που αφορά υπηρεσίες, ο προμηθευτής δεν εισπράττει αμοιβή απευθείας από την αναθέτουσα αρχή αλλά δικαιούται να αξιώσει την καταβολή αμοιβής από τρίτους αρκεί για να θεωρηθεί η σύμβαση αυτή ως «σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών», υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β΄, της οδηγίας 2004/17, οσάκις ο προμηθευτής αναλαμβάνει πλήρως ή τουλάχιστον ως επί το πλείστον τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει η αναθέτουσα αρχή, έστω και αν ο κίνδυνος αυτός είναι σημαντικά περιορισμένος εκ των προτέρων λόγω της διαμορφώσεως της επίμαχης παροχής υπηρεσιών κατά το δημόσιο δίκαιο.

Επί του τρίτου ερωτήματος

81 Λαμβανομένης υπόψη της απαντήσεως που δόθηκε στο πρώτο και στο δεύτερο ερώτημα, παρέλκει η απάντηση στο τρίτο ερώτημα.

Επί των δικαστικών εξόδων

82 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι υπέβαλαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τρίτο τμήμα) αποφαίνεται:

Το γεγονός ότι, στην περίπτωση μιας σύμβασης που αφορά υπηρεσίες, ο προμηθευτής δεν εισπράττει αμοιβή απευθείας από την αναθέτουσα αρχή αλλά δικαιούται να αξιώσει την καταβολή αμοιβής από τρίτους αρκεί για να θεωρηθεί η σύμβαση αυτή ως «σύμβαση παραχώρησης υπηρεσιών», υπό την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 3, στοιχείο β΄, της οδηγίας 2004/17/ΕΚ, του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης συμβάσεων στους τομείς του ύδατος, της ενέργειας, των μεταφορών και των ταχυδρομικών υπηρεσιών, οσάκις ο προμηθευτής αναλαμβάνει πλήρως ή τουλάχιστον ως επί το πλείστον τον επιχειρηματικό κίνδυνο που φέρει η αναθέτουσα αρχή, έστω και αν ο κίνδυνος αυτός είναι σημαντικά περιορισμένος εκ των προτέρων λόγω της διαμορφώσεως της επίμαχης παροχής υπηρεσιών κατά το δημόσιο δίκαιο.

(υπογραφές)