DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)

den 10 september 2009 *

I mål C-206/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Thüringer Oberlandesgericht (Tyskland) genom beslut av den 8 maj 2008, som inkom till domstolen den 19 maj 2008, i målet

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

mot

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

ytterligare deltagare i rättegången:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Rättegångsspråk: tyska.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas samt domarna J.N. Cunha Rodrigues (referent), J. Klučka, P. Lindh och A. Arabadjiev,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 23 april 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), genom S. Wellmann och P. Hermisson, Rechtsanwälte,

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

— Stadtwirtschaft Gotha GmbH, genom E. Glahs, Rechtsanwältin,

— Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), genom S. Gesterkamp och S. Sieme, Rechtsanwälte,

— Tysklands regering, genom M. Lumma och J. Möller, båda i egenskap av ombud,

— Tjeckiens regering, genom M. Smolek, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom P. Oliver, D. Kukovec och C. Zadra, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av begreppet tjänstekoncession, i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) (EUT L 134, s. 1).

2 Begäran har framställts i en tvist mellan å ena sidan Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (sammanslutning med ansvar för vattendistribution och bortföring av avloppsvatten i staden Gotha och kommuner inom Gothas förvaltningsdistrikt, nedan kallad WAZV Gotha) och å andra sidan Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (företag som tillhandahåller tjänster i form av vattenrening och avloppsvattenhantering, nedan kallat Eurawasser) angående tilldelning av kontrakt för tillhandahållande av allmännyttiga tjänster i form av dricksvattendistribution och bortföring av avloppsvatten.

Tillämpliga bestämmelser

3 I artikel 1.2 a och d i direktiv 2004/17 föreskrivs följande:

”2. a) *varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt*: skriftliga avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera av de upphandlande enheter som avses i artikel 2.2 och en eller flera entreprenörer, varuleverantörer, eller tjänsteleverantörer.

…

d) *tjänstekontrakt*: andra kontrakt än byggentreprenad- eller varukontrakt som avser tillhandahållande av sådana tjänster som anges i bilaga XVII.

…”

4 Artikel 1.3 b i nämnda direktiv har följande lydelse:

”*tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.”

5 I artikel 2 i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”1. I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) *upphandlande myndighet*: statlig, regional eller lokal myndighet, offentligrättsligt organ samt sammanslutning av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

…

2. Detta direktiv gäller upphandlande enheter som

a) är upphandlande myndigheter eller offentliga företag och som bedriver någon av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7,

…”

6 I artikel 4 i direktiv 2004/17 föreskrivs följande:

”1. Detta direktiv omfattar följande typer av verksamhet:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten.

b) Leverans av dricksvatten till dylika nät.

2. Detta direktiv omfattar även kontrakt eller projekttävlingar som tilldelas eller handläggs av en enhet som bedriver någon av de verksamheter som avses i punkt 1 och som

…

b) har anknytning till bortföring eller rening av avloppsvatten.

…”

7 Artikel 18 i nämnda direktiv har följande lydelse:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på sådana byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner som beviljas av upphandlande enheter som utför en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7, om dessa koncessioner tilldelas för utövande av dessa verksamheter.”

8 I artikel 31 i direktivet föreskrivs följande:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga XVII A skall tilldelas i enlighet med artiklarna 34–59.”

9 Artikel 32 i samma direktiv har följande lydelse:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga XVII B omfattas endast av artiklarna 34 och 43.”

10 Enligt artikel 71 i direktiv 2004/17 var medlemsstaterna skyldiga att sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet senast 31 januari 2006.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

11 Det framgår av handlingarna i målet att WAZV Gotha är en sammanslutning av kommuner. Sammanslutningen ska enligt vissa bestämmelser i tysk rätt säkerställa distribution av dricksvatten och bortföring av avloppsvatten för invånarna i motsvarande område.

12 WAZV Gotha hade år 1994 genom ett uppdragsavtal anförtrott Stadtwirtschaft Gotha GmbH (kommunalt bolag ägt av staden Gotha, nedan kallat Stadtwirtschaft) samtliga tekniska, kommersiella och förvaltningstjänster på området för distribution av vatten. Mot bakgrund av att detta avtal löpte ut under år 2008 hade WAZV Gotha planerat att göra Stadtwirtschaft till medlem i sammanslutningen för att även fortsättningsvis anförtro detta bolag samma uppdrag. Tillsynsmyndigheten fann emellertid med hänvisning till bestämmelserna om offentlig upphandling att Stadtwirtschaft inte kunde bli medlem i WAZV Gotha.

13 I syfte att även fortsättningsvis låta utomstående sköta förvaltningen beslutade WAZV Gotha att tilldela ett kontrakt avseende tillhandahållande av tjänsten för distribution av dricksvatten och bortföring av avloppsvatten. WAZV Gotha inledde i detta syfte i september 2007 ett informellt anbudsförfarande snarare än det formella förfarandet vid upphandling av tjänster som avses i 97 §§ lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, nedan kallad GWB). WAZV Gotha offentliggjorde inte desto mindre ett meddelande om tilldelning av kontrakt i *Europeiska unionens officiella tidning* den 19 september 2007 med referensnummer 2007/S 180-220518.

14 I meddelandet tillkännagavs tilldelning av en tjänstekoncession för vattendistribution och bortföring av avloppsvatten inom sammanslutningens geografiska område för en tid av 20 år. Intresserade företag uppmanades att lämna in sin ansökan.

15 I meddelandet om tilldelning av kontrakt och de därtill kopplade avtalen angavs att koncessionären skulle tillhandahålla de nämnda tjänsterna på grundval av privaträttsliga avtal som den skulle ingå med användarna inom WAZV Gothas geografiska område, i eget namn och för egen räkning mot ersättning i form av avgifter som fick tas ut från nämnda användare.

16 Det föreskrevs att koncessionären själv var behörig att beräkna skälig ersättning för de tillhandahållna tjänsterna och att fastställa ersättningsbeloppet på eget ansvar. Behörigheten var emellertid begränsad, dels genom att koncessionären till och med den 31 december 2009 måste tillämpa de avgifter som gällde vid tidpunkten för offentliggörandet av meddelandet om tilldelning av kontrakt, dels genom att avgifterna måste vara förenliga med bestämmelserna i Thüringens lag om kommunala avgifter (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 I meddelandet om tilldelning av kontrakt och avtalen angavs också att de tekniska anläggningarna för vattendistribution och bortföring av avloppsvatten skulle stanna

i WAZV Gothas ägo och arrenderas av koncessionären, som hade rätt att beakta arrendet vid beräkningen av de avgifter som togs ut av användarna i utbyte mot tjänsterna. Koncessionären skulle stå för underhållet av anläggningarna.

18 WAZV Gotha åtog sig att stadga om anslutnings- och nyttjandetvång avseende det allmänna vatten- och avloppsnätet, men koncessionären gavs inte rätt att kräva att denna skyldighet iakttas i varje enskilt fall.

19 WAZV Gotha åtog sig slutligen att vidarebefordra mottagna offentliga subventioner till koncessionären inom ramen för vad som är möjligt enligt lag.

20 Sista dagen för ansökan om att delta i upphandlingsförfarandet var enligt meddelandet den 8 oktober 2007. Genom en skrivelse av den 4 oktober 2007 invände Eurawasser mot WAZV Gothas avsikt att tilldela de nämnda tjänsterna genom en tjänstekoncession i stället för genom ett sådant formellt anbudsförfarande som gäller vid upphandling av tjänster.

21 Eurawasser lämnade in sin ansökan om att delta den 8 oktober 2007. Även Stadtwirtschaft och Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (förvaltningsbolag inom den kommungemensamma sammanslutningen på området för vatten i regionen Lausitz, nedan kallat WAL) deltog i anbudsförfarandet. De mottog inbjudan från WAZV Gotha att inkomma med anbud. Efter utgången av den frist som föreskrivits i meddelandet om tilldelning av kontrakt hade totalt åtta ansökningar inkommit.

22 WAZV Gotha avslog Eurawassers invändning genom en skrivelse av den 9 oktober 2007. Efter det att företaget den 19 oktober 2007 och den 23 november 2007 hade skickat in fler skrivelser i samma ärende utan framgång väckte Eurawasser talan vid behörig Vergabekammer (nämnden för tillsyn av offentlig upphandling) och gjorde därvid gällande att WAZV Gotha hade valt fel förfarande för tilldelning av de aktuella tjänsterna.

23 Vergabekammer fann genom beslut av den 24 januari 2008 att transaktionen i själva verket var ett tjänstekontrakt, att WAZV Gotha borde ha använt ett formellt förfarande för upphandling av tjänster och att förfarandet måste tas om från tidpunkten före offentliggörandet av meddelandet om tilldelning av kontrakt.

24 WAZV Gotha överklagade detta beslut till Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft och WAL tilläts att intervenera i förfarandet.

26 Thüringer Oberlandesgericht beslutade att vilandeförklara målet och hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1) Är den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster (i förevarande fall avseende vattendistribution och rening av avloppsvatten) inte mottar ersättning direkt från den upphandlande myndigheten, utan i stället får ersättning genom privaträttsliga avgifter som den upphandlande myndigheten ger uppdragstagaren rätt att ta ut från tredje man, tillräcklig för att avtalet ska kvalificeras som en tjänstekoncession, i den mening som avses i artikel 1.3 b i [direktiv 2004/17], och inte som ett tjänstekontrakt med ekonomiska villkor i den mening som avses i artikel 1.2 a och d i nämnda direktiv?

2) Om fråga 1 besvaras nekande: Ska ett avtal av den typ som beskrivs i den första tolkningsfrågan anses utgöra en tjänstekoncession om uppdragstagaren tar över ansvaret för hela eller åtminstone den största delen av den verksamhetsrisk som är förenad med tillhandahållandet av tjänsten i fråga, även om denna risk redan från början, det vill säga även om den upphandlande enheten själv tillhandahåller tjänsten, är mycket begränsad, på grund av de offentligrättsliga villkoren för denna (anslutnings- och nyttjandetvång samt avgiftsberäkning enligt principen om kostnadstäckning)?

3) Om fråga 2 likaså besvaras nekande: Ska artikel 1.3 b i [direktiv 2004/17] tolkas så, att den verksamhetsrisk som är förbunden med tillhandahållandet av tjänsten, särskilt den kommersiella risken, kvalitativt måste likna den risk som normalt råder på en fri marknad med flera konkurrerande tjänsteleverantörer?”

Upptagande till sakprövning

27 WAZV Gotha har gjort gällande att begäran om förhandsavgörande inte kan tas upp till sakprövning på den grunden att svaret på den första frågan klart framgår av definitionen av begreppet tjänstekoncession i artikel 1.3 b i direktiv 2004/17 liksom av domstolens rättspraxis. Den begärda tolkningen är således inte nödvändig. WAL har anfört argument av huvudsakligen samma karaktär.

28 Stadtwirtschaft har gjort gällande att tolkningsfrågorna inte är relevanta för den hänskjutande domstolens avgörande på den grunden att tvisten vid den nationella domstolen kan avgöras utan att frågorna besvaras. Det förfarande för tilldelning av kontrakt som WAZV Gotha har inlett är nämligen korrekt även om det skulle visa sig att kontrakten i fråga ska anses utgöra tjänstekontrakt som omfattas av direktiv 2004/17.

29 Europeiska gemenskapernas kommission anser tvärtom att begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning. Enligt institutionen framgår det nämligen av beslutet om hänskjutande att den nationella domstolen anser att tolkningsfrågorna som avser skillnaden mellan begreppen tjänstekontrakt och tjänstekoncession är nödvändiga för att avgöra huruvida överklagandet ifråga kan tas upp till sakprövning.

30 Efter det att begäran om förhandsavgörande hade lämnats in till domstolen beslutade WAZV Gotha den 4 september 2008 att avbryta det anbudsförfarande som är föremål för tvisten vid den nationella domstolen.

31 Eurawasser ändrade till följd härav sin talan utan att återkalla den och meddelade att bolaget framdeles i stället yrkade fastställelse av att det avbrutna förfarandet för tilldelning av kontrakt innebar att Eurawassers rättigheter enligt 97 §§ GWB vad avser upphandling av tjänstekontrakt åsidosattes.

32 Genom en skrivelse av den 24 december 2008 informerade den hänskjutande domstolen EG-domstolen om att den vidhöll sin begäran om förhandsavgörande. Den anser nämligen att det alltjämt är nödvändigt att få svar på frågorna för att den ska kunna avgöra överklagandet efter Eurawassers ändring av sin talan redan av det skälet att tjänstekoncessioner från början är uteslutna från tillämpningsområdet för 97 §§ GWB. Den anser även att ändringen av den talan som överklagats till den hänskjutande domstolen inte påverkar den omständigheten att den talan som väcktes vid de behöriga instanserna för kontroll av att tillämpliga förfaranden iakttas vid offentlig upphandling, närmare bestämt Vergabekammer och Vergabesenat, ska avvisas om det visar sig att det ifrågavarande avtalet utgör en tjänstekoncession.

33 Domstolen erinrar härvid om att den tidigare har slagit fast att det inom ramen för det samarbete som har inrättats genom artikel 234 EG uteslutande ankommer på den nationella domstolen, vid vilken tvisten anhängiggjorts och som har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt mål bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken som relevansen av de frågor som ställs till domstolen. Domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställts avser tolkningen av gemenskapsrätten (se, bland annat, dom av den 23 april 2009 i mål C-544/07, Rüffler, REG 2009, s. I-3389, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

34 Domstolen har även funnit att det i undantagsfall ankommer på den att – för att pröva sin egen behörighet – undersöka de omständigheter under vilka den nationella domstolen har framställt sin begäran om förhandsavgörande. Domstolen får underlåta

att besvara en tolkningsfråga som en nationell domstol har ställt endast då det är uppenbart att den begärda tolkningen av gemenskapsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen eller när frågan är hypotetisk eller när domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska och rättsliga förhållandena som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställts till den (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Rüffler, punkterna 37 och 38 samt där angiven rättspraxis).

35 Den hänskjutande domstolen har i beslutet om hänskjutande och i skrivelsen av den 24 december 2008 tydligt redogjort för skälen till att den anser att frågorna är relevanta och att det är nödvändigt att de besvaras för att den tvist som anhängiggjorts vid den ska kunna avgöras. Mot bakgrund av denna redogörelse är de ställda frågorna inte hypotetiska och saknar inte heller samband med föremålet för tvisten i målet vid den nationella domstolen.

36 Tolkningsfrågorna kan följaktligen tas upp till sakprövning.

Prövning av tolkningsfrågorna

Inledande anmärkningar

37 Inledningsvis ska det preciseras att WAZV Gotha enligt vad som framgår av handlingarna i målet omfattas av definitionen av upphandlande myndighet i artikel 2.1 a i direktiv 2004/17, som är en av de kategorier upphandlande enheter som detta direktiv är tillämpligt på enligt artikel 2.2 a i detsamma.

38 Dessutom är direktiv 2007/14 tillämpligt på tvisten i målet vid den nationella domstolen, vilket framgår av artikel 4 i samma direktiv, eftersom den berörda upphandlande myndigheten, närmare bestämt WAZV Gotha, utövar verksamhet i form av leverans av dricksvatten och bortföring av avloppsvatten.

39 Direktiv 2004/17 är tidsmässigt tillämpligt på tvisten i målet vid den nationella domstolen, eftersom den i artikel 71 i direktivet föreskrivna fristen för att genomföra detsamma löpte ut den 31 januari 2006 och det anbudsförfarande som är aktuellt i målet vid den nationella domstolen inleddes i september 2007.

40 Det ska erinras om att en definition av begreppet tjänstekoncession har införts i gemenskapslagstiftningen genom artikel 1.2 a i direktiv 2004/17. Definitionen fanns inte med i tidigare direktiv på området, såsom rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (EGT L 199, s. 84; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 177).

41 I artikel 18 i direktiv 2004/17 har gemenskapslagstiftaren angett att direktivet inte ska tillämpas på sådana tjänstekoncessioner som beviljas av upphandlande enheter som utför vissa verksamheter, bland annat vattenverksamhet.

42 Det ska dessutom erinras om att, vad gäller tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114), innehåller nämnda direktiv, i artikel 1.2 a och 1.4, definitioner av begreppen ”offentliga kontrakt” och ”tjänstekoncession” som i huvudsak motsvarar definitionerna i artikel 1.2 a och 1.3 b i direktiv 2004/17.

43 Denna likhet innebär att samma överväganden ska användas vid tolkningen av begreppen tjänstekontrakt och tjänstekoncession med avseende på tillämpningsområdena för de båda direktiven.

44 Härav följer att om den transaktion som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kvalificeras som ett ”tjänstekontrakt”, i den mening som avses i direktiv 2004/17, ska kontraktet i princip tilldelas i enlighet med de förfaranden som föreskrivs i artiklarna 31 och 32 i det direktivet. Om transaktionen däremot kvalificeras som tjänstekoncession är direktiv 2004/17, enligt artikel 18 i detsamma, inte tillämpligt. I så fall ska tilldelningen av koncessionen ske i överensstämmelse med de grundläggande bestämmelserna i EG-fördraget i allmänhet och med principerna om likabehandling och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet och den därpå grundade skyldigheten att lämna insyn i synnerhet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkterna 60–62, av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkterna 16–19, av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, REG 2005, s. I-8585, punkterna 46–49, och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant, REG 2008, s. I-8457, punkt 25).

45 Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande domstolen vill ha närmare besked om kriterierna för att fastställa skillnaden mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession.

Den första och den andra tolkningsfrågan

46 Den hänskjutande domstolen har ställt den första och den andra tolkningsfrågan, vilka ska prövas tillsammans, för att få klarhet i huruvida den omständigheten att en uppdragstagare vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att uppbära en privaträttslig ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska kvalificeras som en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.3 b i direktiv 2004/17. Om denna fråga besvaras nekande vill den hänskjutande domstolen ha klarhet i huruvida ett sådant avtal ska kvalificeras som en tjänstekoncession om uppdragstagaren tar över ansvaret för hela eller åtminstone den största delen av den verksamhetsrisk som den upphandlande myndigheten skulle ha burit om den själv hade tillhandahållit tjänsten i fråga, även

om denna risk redan ursprungligen är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

47 WAZV Gotha, Stadtwirtschaft och WAL liksom den tyska och den tjeckiska regeringen anser att den första frågan ska besvaras jakande och har därvid anfört att den omständigheten att uppdragstagaren uppbär ersättning genom avgifter som tas ut av användarna av den berörda tjänsten är tillräcklig för att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession.

48 Eurawasser och kommissionen anser emellertid att det dessutom krävs att uppdragstagaren övertar den ekonomiska risk som är förenad med tillhandahållandet av tjänsten i fråga.

49 Härvid ska påpekas att det i artikel 1.2 a i direktiv 2004/17 föreskrivs att ”varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt” är skriftliga avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera av de upphandlande enheter som avses i artikel 2.2 i samma direktiv och en eller flera entreprenörer, varuleverantörer, eller tjänsteleverantörer.

50 Enligt artikel 1.3 b i samma direktiv är ”tjänstekoncession” ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

51 Vid en jämförelse mellan dessa två definitioner framgår det att skillnaden mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för tjänsternas utförande. Tjänstekontraktet innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 39), medan ersättningen vid en tjänstekoncession består i endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

52 Frågorna har ställts uttryckligen med utgångspunkt från omständigheten att det i avtalet i fråga anges att uppdragstagaren inte ersätts direkt av den upphandlande myndigheten utan genom en privaträttslig avgift som myndigheten ger uppdragstagaren rätt att ta ut från tredje man.

53 Mot bakgrund av det kriterium som nämnts ovan i punkt 51, innefattar tjänsteleverantörens rätt att utnyttja tjänsten möjligheten att tjänsteleverantören ersätts genom betalning från tredje man, i det nu aktuella fallet användare av den berörda tjänsten.

54 Detta kriterium följde av domstolens rättspraxis redan innan direktiv 2004/17 trädde i kraft. Enligt denna rättspraxis är det fråga om en tjänstekoncession när det överenskomna sättet att ersätta tjänsteleverantören består i en rätt för vederbörande att utnyttja sina egna tjänster (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Telaustria och Telefonadress, punkt 58, beslut av den 30 maj 2002 i mål C-358/00, Buchhändler-Vereinigung, REG 2002, s. I-4685, punkterna 27 och 28, samt dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-6657, punkt 34, och av den 13 november 2008 i mål C-437/07, kommissionen mot Italien, punkt 29).

55 Det saknar härvid betydelse om ersättningen är privat- eller offentligrättsligt reglerad.

56 Domstolen har slagit fast att det är fråga om en tjänstekoncession bland annat när tjänsteleverantörens ersättning kommer från de avgifter som erläggs av dem som är användare av en allmän parkeringsplats, av allmänna transporttjänster, eller av ett kabel-tv-nät (se domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 40, samt dom av den 6 april 2006 i mål C-410/04, ANAV, REG 2006, s. I-3303, punkt 16, och av den 13 november 2008 i mål C-324/07, Coditel Brabant, REG 2008, s. I-8457, punkt 24).

57 Härav följer att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att uppbära ersättning från tredje man, uppfyller kraven på ersättning i artikel 1.3 b i direktiv 2004/17.

58 Denna slutsats kräver dock att begreppen ”rätt att utnyttja tjänsten” och ”ersättningen för tjänsternas utförande” i nämnda bestämmelse preciseras.

59 Det följer av domstolens rättspraxis att när det överenskomna sättet att ersätta tjänsteleverantören består i en rätt för denne att utnyttja sina egna tjänster, innebär detta att tjänsteleverantören tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Parking Brixen, punkt 40, dom av den 18 juli 2007 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 34, och dom av den 13 november 2008 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkt 29).

60 De som har inkommit med yttranden har i detta avseende anfört, i första eller i andra hand, olika ståndpunkter.

61 WAZV Gotha har gjort gällande att den omständigheten att uppdragstagaren tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsterna under de omständigheter som föreligger i målet vid den nationella domstolen är tillräcklig för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession.

62 Stadtwirtschaft, WAL och den tjeckiska regeringen anser att uppdragstagaren inte måste överta hela risken, utan det räcker med en betydande del av den.

63 Den tyska regeringen anser att det är fråga om en tjänstekoncession när uppdragstagaren övertar en inte helt obetydlig del av den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna.

64 Eurawasser anser att det i transaktionen i målet vid den nationella domstolen inte existerar någon betydande risk som den upphandlande myndigheten kan överföra på uppdragstagaren. Transaktionen ska således kvalificeras som kontrakt och inte som koncession.

65 Kommissionen har anfört att risken som är förenad med utnyttjandet av tjänsten i fråga måste vara betydande, även om den inte nödvändigtvis måste motsvara den ekonomiska risk som normalt föreligger på en fri marknad. Ett tjänstekontrakt där de offentliga myndigheterna har minskat den ekonomiska risken till ett minimum kan inte kvalificeras som tjänstekoncession.

66 Domstolen påpekar härvid att risken är oupplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten.

67 Om den upphandlande myndigheten fortsätter att bära hela risken så att tjänsteleverantören inte utsätts för riskerna på marknaden måste tilldelningen av rätten att utnyttja tjänsten ske med iakttagande av de formaliteter som har föreskrivits i direktiv 2004/17 för att främja insynen och konkurrensen.

68 Om ingen del alls av den risk som är förenad med tillhandahållandet av tjänsten överförs på tjänsteleverantören utgör transaktionen ett tjänstekontrakt (se, för ett liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, Contse m.fl., REG 2005, s. I-9315, punkt 22, och domen av den 18 juli 2007 i det ovannämnda målet kommissionen mot Italien, punkterna 35–37, samt, analogt, beträffande en byggkoncession, domen av den 13 november 2008 i det ovannämnda målet kommissionen mot

Italien, punkterna 30 och 32–35). Såsom nämnts ovan i punkt 51 består ersättningen i det sistnämnda fallet inte av rätten att utnyttja tjänsten.

69 Tolkningsfrågorna har ställts med utgångspunkt från förutsättningen att tillhandahållandet av tjänsten i fråga i målet vid den nationella domstolen innefattar mycket begränsade ekonomiska risker även om den skulle ha tillhandahållits av den upphandlande myndigheten själv, vilket är en följd av tillämpningen av de bestämmelser som gäller för den berörda verksamhetssektorn.

70 Enligt vissa av de argument som anförts inför domstolen kan transaktionen i fråga under sådana omständigheter bara anses utgöra en koncession om den risk som överförs på koncessionären är betydande.

71 Dessa argument kan under inga omständigheter godtas.

72 Det är vanligt att vissa verksamhetssektorer, bland annat sektorer med nära anknytning till allmännyttig verksamhet såsom vattendistribution och bortföring av avloppsvatten, regleras av bestämmelser som kan medföra att de ekonomiska riskerna begränsas.

73 De offentligrättsliga villkoren för det ekonomiska och finansiella utnyttjandet av tjänsterna underlättar för det första kontrollen av tjänsteutnyttjandet och minskar antalet omständigheter som kan begränsa insynen och snedvrida konkurrensen.

74 För det andra måste det vara tillåtet för upphandlande myndigheter som handlar i god tro att säkerställa tillhandahållandet av tjänster genom en koncession om de anser att det är det bästa sättet att säkra den berörda allmännyttiga tjänsten, även om den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten är mycket begränsad.

75 Det vore inte heller rimligt att kräva av en offentlig myndighet som tilldelar en koncession att den ska inrätta villkor för konkurrens och ekonomisk risk som är hårdare än dem som gäller inom den berörda sektorn till följd av de bestämmelser som är tillämpliga inom densamma.

76 Eftersom en upphandlande myndighet inte har något inflytande på de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation är det i sådana situationer omöjligt för den att införa eller, följaktligen, överföra, riskfaktorer som är uteslutna till följd av dessa villkor.

77 För att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession är det under alla omständigheter nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten, även om den risk som den upphandlande myndigheten bär är mycket begränsad.

78 Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma huruvida hela eller en betydande del av den upphandlande myndighetens risk har överförts.

79 De allmänna risker som följer av ändringar av bestämmelserna medan kontraktet genomförs ska härvid inte beaktas.

80 Den första och den andra tolkningsfrågan ska följaktligen besvaras så att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.3 b i direktiv 2004/17, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

Den tredje tolkningsfrågan

81 Mot bakgrund av svaret på den första och den andra tolkningsfrågan saknas anledning att besvara den tredje frågan.

Rättegångskostnader

82 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande:

Den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.3 b i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

Underskrifter