ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (třetího senátu)

10. září 2009 *

Ve věci C-206/08,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Thüringer Oberlandesgericht (Německo) ze dne 8. května 2008, došlým Soudnímu dvoru dne 19. května 2008, v řízení

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

proti

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

za přítomnosti:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Jednací jazyk: němčina.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

SOUDNÍ DVŮR (třetí senát),

ve složení A. Rosas, předseda senátu, J. N. Cunha Rodrigues (zpravodaj), J. Klučka, P. Lindh, a A. Arabadžev, soudci,

generální advokát: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
vedoucí soudní kanceláře: C. Strömholm, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 23. dubna 2009,

s ohledem na vyjádření předložená:

– za Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) S. Wellmannem a P. Hermissonem, Rechtsanwälte,

– za Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH U.-D. Papem, Rechtsanwalt,

– za Stadtwirtschaft Gotha GmbH E. Glahs, Rechtsanwältin,

– za Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL) S. Gesterkampem a S. Siemem, Rechtsanwälte,

– za německou vládu M. Lummou a J. Möllerem, jako zmocněnci,

– za českou vládu M. Smolkem, jako zmocněncem,

– za Komisi Evropských společenství P. Oliverem, D. Kukovcem a C. Zadrou, jako zmocněnci, ve spolupráci s B. Wägenbaurem, Rechtsanwalt,

s přihlédnutím k rozhodnutí, přijatému po vyslechnutí generálního advokáta, rozhodnout věc bez stanoviska,

vydává tento

Rozsudek

1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu pojmu „koncese na služby“ ve smyslu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb (Úř. věst. L 134, s. 1; Zvl. vyd. 06/07, s. 19).

2 Tato žádost byla podána v rámci sporu mezi Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (zájmové sdružení města Gotha a obcí, které patří do jeho správního okresu, k zajištění distribuce vody a odvádění odpadních vod, dále jen „WAZV Gotha“) a Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (společnost, která se zabývá úpravou vody a odstraňování odpadních vod, dále jen „Eurawasser“) ve věci zadání veřejné služby distribuce pitné vody a odvádění odpadních vod.

Právní rámec

3 Článek 1 odst. 2 písm. a) a d) směrnice 2004/17 stanoví:

„2. a) ‚Zakázky na dodávky, stavební práce a služby‘ jsou úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více zadavateli uvedenými v čl. 2 odst. 2 a jedním nebo více zhotoviteli, dodavateli nebo poskytovateli služeb.

[…]

d) ‚Zakázky na služby' jsou zakázky jiné než zakázky na stavební práce nebo na dodávky, jejichž předmětem je poskytování služeb uvedených v příloze XVII.

[…]"

4 Článek 1 odst. 3 písm. b) této směrnice stanoví:

„ ‚Koncese na služby' je smlouva stejného druhu jako zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou."

5 Článek 2 uvedené směrnice zní:

„1. Pro účely této směrnice se rozumí:

[a] ‚veřejným[i] zadavatel[i]': [stát, samosprávní územní celky, veřejnoprávní organizace, sdružení tvořená jedním nebo několika těmito celky nebo jednou nebo několika veřejnoprávními organizacemi.]

[…]

2. Tato směrnice se vztahuje na zadavatele, kteří:

a) jsou veřejnými zadavateli nebo veřejnými podniky a vykonávají některou z činností uvedených v článcích 3 až 7;

[…]“

6 Článek 4 směrnice 2004/17 stanoví:

„1. Tato směrnice se vztahuje na tyto činnosti:

a) poskytování nebo provoz pevných sítí určených k poskytování služby veřejnosti v souvislosti s výrobou, dopravou nebo distribucí pitné vody; nebo

b) dodávku pitné vody do takových sítí.

2. Tato směrnice se také vztahuje na zakázky nebo veřejné soutěže na určitý výkon, které zadávají nebo organizují subjekty provozující činnost uvedenou v odstavci 1 a které:

[…]

b) souvisejí s čištěním a úpravou odpadních vod.

[…]“

7 Článek 18 této směrnice stanoví:

„Tato směrnice se nevztahuje na koncese na stavební práce nebo na služby, jež udělují zadavatelé, kteří vykonávají jednu nebo více činností uvedených v článcích 3 až 7, pokud jsou tyto koncese udělovány pro výkon těchto činností.“

8 Článek 31 uvedené směrnice zní:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze XVII A, se zadávají v souladu s články 34 až 59.“

9 Článek 32 téže směrnice stanoví:

„Zakázky, jejichž předmětem jsou služby uvedené v příloze XVII B, se řídí výhradně články 34 a 43.“

10 Podle článku 71 směrnice 2004/17 musejí členské státy uvést v účinnost právní a správní předpisy nezbytné pro dosažení souladu s touto směrnicí do 31. ledna 2006.

Spor v původním řízení a předběžné otázky

11 Ze spisu vyplývá, že WAZV Gotha je sdružením tvořeným obcemi, jemuž na základě určitých ustanovení německého práva přísluší zajišťovat distribuci pitné vody a odvádění odpadních vod pro obyvatelstvo bydlící na jeho území.

12 V rámci obstaravatelské smlouvy uzavřené v roce 1994 svěřil WAZV Gotha společnosti Stadtwirtschaft Gotha GmbH (podnik města Gotha, dále jen „Stadtwirtschaft“) veškeré technické, obchodní a správní činnosti v oblasti distribuce vody. Vzhledem k tomu, že platnost této smlouvy skončila v průběhu roku 2008, měl WAZV Gotha v úmyslu přijmout Stadtwirtschaft za svého člena za tím účelem, aby mu nadále svěřil obstarávání záležitostí. Nicméně orgány dozoru odmítly povolit přijetí Stadtwirtschaft do WAZV Gotha s poukazem na předpisy v oblasti zadávání zakázek.

13 K tomu, aby WAZV Gotha mohl i nadále svěřovat obstarávání záležitostí třetím osobám, rozhodl se udělit koncesi na službu distribuce pitné vody a odvádění odpadních vod. Za tímto účelem zahájil v září 2007 spíše neformální nabídkové řízení než formální postup zadávání zakázek ve smyslu v § 97 a následujícím zákona proti omezování hospodářské soutěže (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dále jen „GWB“). WAZV Gotha nicméně nechalo zveřejnit oznámení v *Úředním věstníku Evropské unie* ze dne 19. září 2007 pod číslem 2007/S 180-220 518.

14 Oznámení o zakázce inzerovalo, že dojde k udělení koncese na služby distribuce vody a odvádění odpadních vod na území, na které se vztahuje působnost WAZV Gotha, na dobu 20 let, a vyzývalo, aby podniky, které mají zájem, předložily svou nabídku.

15 V oznámení o zakázce a s ním souvisejících návrzích smlouvy bylo uvedeno, že koncesionář bude poskytovat uživatelům bydlícím na území, na které se vztahuje působnost WAZV Rotha, uvedené služby na základě soukromoprávních smluv uzavřených svým jménem a na svůj účet a že jako protiplnění obdrží od zmíněných uživatelů odměnu.

16 Bylo stanoveno, že koncesionář je sám příslušný spravedlivým způsobem vypočítat odměny za poskytované služby a na vlastní odpovědnost stanovit jejich výši. Tato pravomoc byla však omezena, jelikož koncesionář měl povinnost do 31. prosince 2009 uplatňovat sazby platné v době zveřejnění oznámení o zakázce, a poté sazby musely vyhovovat ustanovením zákona spolkové země Durynsko o místních poplatcích (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 V oznámení o zakázce a návrzích smlouvy bylo rovněž uvedeno, že technická zařízení na distribuci vody a odvádění odpadních vod zůstávají ve vlastnictví WAZV Gotha a že

budou pronajata koncesionářem, který je oprávněn započítat odpovídající nájem do odměn požadovaných po uživatelích za poskytované služby. Údržba uvedených zařízení byla věcí koncesionáře.

18 WAZV Gotha se zavázal, že vyhláškou stanoví povinnost připojit se k veřejným sítím distribuce vody a odvádění odpadních vod a tyto sítě používat. Koncesionář nicméně nemohl vyžadovat dodržování této povinnosti v každém jednotlivém případě.

19 Dále se WAZV Gotha zavázal postoupit koncesionáři veřejné dotace, které obdrží v mezích legálních možností.

20 V oznámení o zakázce byl jako konečný termín pro doručení žádostí o účast uveden 8. říjen 2007. Dopisem ze dne 4. října 2007 oznámila společnost Eurawasser, že WAZV Gotha nemá v úmyslu zadat poskytování uvedených služeb na základě formálního nabídkové řízení za účelem zadání zakázky na služby, ale prostřednictvím koncese na služby.

21 Společnost Eurawasser předložila svou žádost o účast dne 8. října 2007. Stadtwirtschaft a Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (správní podnik závislý na svazu obcí pro vodu v regionu Lužice, dále jen „WAL“) se také zúčastnily konkurenčního nabídkového řízení a WAZV Gotha je vyzval, aby předložily nabídku. V den uplynutí lhůty stanovené v oznámení o zakázce bylo předložených celkem osm žádosti o účast.

22 Dopisem ze dne 9. října 2007 zamítlo WAZV Gotha stížnost společnosti Eurawasser. Poté, co Eurawasser marně předložila další stížnosti dne 19. října 2007 a 23. listopadu 2007, podala opravný prostředek k příslušné Vergabekammer (komora pro veřejné zakázky) z důvodu, že WAZV Gotha nezvolil vhodný postup zadání služby.

23 Rozhodnutím ze dne 24. ledna 2008 měla Vergabekammer za to, že předmětná operace skutečně představuje zakázku na služby, že WAZV Gotha měl zahájit formální postup zadávání zakázek a že řízení musí být uvedeno do stavu před vyhlášením oznámení o zakázce.

24 WAZV Gotha podal proti tomuto rozhodnutí žalobu k Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft a WAL bylo povoleno vedlejší účastenství v tomto řízení.

26 Za těchto podmínek se Thüringer Oberlandesgericht rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Musí být smlouva týkající se služeb (v tomto případě služeb distribuce vody a nakládání s odpadními vodami) kvalifikována jako ‚koncese na služby' ve smyslu článku 1 odst. 3 písm. b) směrnice [2004/17], v protikladu s úplatnou smlouvou, která je zakázkou na služby ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. a) a písm. b) směrnice, pouze z toho důvodu, že stanoví, že smluvní partner není přímo odměňován veřejným zadavatelem, ale prostřednictvím odměny soukromoprávního charakteru, kterou mu povolil tento veřejný zadavatel vybírat od třetích osob?

2) V případě záporné odpovědi na první předběžnou otázku, jedná se v případě takových smluv, jako jsou vymezeny v první předběžné otázce, o koncesi na služby, když smluvní partner zcela nebo přinejmenším v převážném rozsahu převezme provozní riziko spojené s dotčenou službou, i když je toto riziko od počátku, a to i v případě poskytování služby samotným veřejným zadavatelem, velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je tato služba zajišťována (povinné připojení a používání; výpočet cen podle zásady krytí nákladů)?

3) V případě záporné odpovědi na druhou předběžnou otázku, musí být čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice [2004/17] vykládán v tom smyslu, že provozní riziko spojené s poskytováním plnění, především obchodní riziko, musí být kvalitativně téměř rovnocenné riziku, které obvykle existuje na otevřeném trhu s několika konkurujícími si dodavateli?“

K přípustnosti

27 WAZV Gotha uvádí, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je nepřípustná z důvodu, že odpověď na první otázku zjevně vyplývá z definice koncese na služby uvedené v čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17, jakož i z judikatury Soudního dvora. Požadovaný výklad tudíž není vůbec nezbytný. WAL předkládá v podstatě podobné argumenty.

28 Stadtwirtschaft tvrdí, že předběžné otázky nejsou relevantní pro účely rozhodnutí, která má předkládající soud vydat, protože spor v původním řízení může být rozhodnut, aniž by bylo odpovězeno na tyto otázky. WAZV Gotha podle něj zavedla postup zadávání, který je zákonný, i když se zdá, že smlouvy dotčené v původním řízení musejí být kvalifikovány jako zakázky na služby spadající do působnosti směrnice 2004/17.

29 Komise Evropských společenství má naopak za to, že žádost o rozhodnutí o předběžné otázce je přípustná. Jak vyplývá z předkládacího rozhodnutí, vnitrostátní soud měl za to, že odpovědi na předběžné otázky, které se týkají rozlišení mezi pojmy „zakázka na služby“ a „koncese na služby“, jsou nezbytné k tomu, aby rozhodl o přípustnosti žaloby, která mu byla předložena.

30 Po podání žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce se WAZV Gotha rozhodl dne 4. září 2008 zrušit nabídkové řízení, které je předmětem sporu v původním řízení.

31 Po tomto zrušení Eurawasser změnila svou žalobu, aniž by ji vzala zpět. Eurawasser se od té doby domáhala, aby bylo vydáno rozhodnutí, jímž se určuje, že zrušeným řízením byla porušena její práva na dodržení pravidel zadávání zakázek, která jí plynou z § 97 a následujících GWB.

32 Dopisem ze dne 24. prosince 2008 informoval předkládající soud Soudní dvůr, že setrvává na své žádosti o rozhodnutí o předběžné otázce. Má totiž za to, že k tomu, aby mohl rozhodnout o pozměněné žalobě, je nadále nezbytná odpověď na položené otázky, a to již z toho důvodu, že se na koncese na služby bez dalšího nevztahuje působnost § 97 a následujících GWB, takže změna žaloby v původním řízení nemá žádný vliv na skutečnost, že předložení opravných prostředků orgánům příslušným pro kontrolu dodržování příslušných řízení v oblasti veřejných zakázek, a sice Vergabekammer a Vergabesenat, by bylo v případě, že by smlouva dotčená v původním řízení byla kvalifikována jako koncese na služby, nepřípustné.

33 Soudní dvůr v tomto ohledu rozhodl, že v rámci spolupráce mezi ním a vnitrostátními soudy zavedené článkem 234 ES je věcí pouze vnitrostátního soudu, kterému byl spor předložen a jenž musí nést odpovědnost za soudní rozhodnutí, které bude vydáno, posoudit s ohledem na konkrétní okolnosti věci jak nezbytnost rozhodnutí o předběžné otázce pro vydání jeho rozsudku, tak relevanci otázek, které klade Soudnímu dvoru. V důsledku toho, jestliže se položené otázky týkají výkladu práva Společenství, je Soudní dvůr v zásadě povinen rozhodnout (viz zejména rozsudek ze dne 23. dubna 2009, Rüffler, C-544/07, Sb. rozh. s. I-3389, bod 36 a citovaná judikatura).

34 Soudní dvůr rovněž rozhodl, že za výjimečných okolností mu přísluší, aby za účelem ověření své vlastní pravomoci přezkoumal podmínky, za kterých se na něj vnitrostátní

soud obrátil. Odmítnout rozhodnutí o předběžné otázce položené vnitrostátním soudem je možné pouze tehdy, pokud je zjevné, že žádaný výklad práva Společenství nemá žádný vztah k realitě nebo předmětu sporu v původním řízení, jestliže se jedná o hypotetický problém, nebo také tehdy, pokud Soudní dvůr nedisponuje skutkovými nebo právními poznatky nezbytnými pro užitečnou odpověď na otázky, které jsou mu položeny (viz zejména výše uvedený rozsudek Rüffler, body 37 a 38, jakož i citovaná judikatura).

35 Ve svém předkládacím rozhodnutí, jakož i v dopisu ze dne 24. prosince 2008, předkládající soud jasně vysvětlil důvody, proč má za to, že otázky, které pokládá, jsou relevantní a že k tomu, aby vyřešil spor, který mu byl předložen, je nezbytná odpověď na tyto otázky. S ohledem na tato vysvětlení se položené otázky nejeví hypotetickými nebo bez vztahu k předmětu sporu v původním řízení.

36 Položené otázky jsou tudíž přípustné.

K předběžným otázkám

Úvodní poznámky

37 Úvodem je třeba upřesnit, že podle údajů uvedených ve spisu, se na WAZV Gotha vztahuje definice veřejného zadavatele uvedená v čl. 2 odst. 1 písm. a) směrnice 2004/17, přičemž uvedený veřejný zadavatel je jednou z kategorií zadavatelů, na které se použije tato směrnice na základě svého čl. 2 odst. 2 písm. a).

38 Krom toho se na věc v původním řízení vztahuje směrnice 2004/17, a to podle jejího článku 4, jelikož dotčený veřejný zadavatel, tj. WAZV Gotha, vykonává svou činnost v oblasti dodávání pitné vody a odvádění odpadních vod.

39 Směrnice 2004/17 je *ratione temporis* použitelná na spor v původním řízení, jelikož lhůta stanovená v článku 71 této směrnice pro její provedení uplynula dne 31. ledna 2006 a nabídkové řízení dotčené v původním řízení bylo zahájeno v září roku 2007.

40 Je třeba připomenout, že definice koncese na služby byla vložena do právních předpisů Společenství čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/17. Není uvedena v předchozích směrnicích v této oblasti, a to ani ve směrnici Rady 93/38/EHS ze dne 14. června 1993 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací (Úř. věst. L 199, s. 84; Zvl. vyd. 06/02, s. 194).

41 V článku 18 směrnice 2004/17 zákonodárce Společenství upřesnil, že tato směrnice se nevztahuje na koncese na služby, jež udělují zadavatelé, kteří vykonávají činnosti mimo jiné ve vodním hospodářství.

42 Krom toho je třeba připomenout, že pokud jde o její působnost, směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 19), obsahuje ve svém čl. 1 odst. 2 písm. a) a odst. 4 definice „veřejné zakázky“ a „koncese na služby“, které jsou v podstatě podobné příslušným definicím uvedeným v čl. 1 odst. 2 písm. a) a odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17.

43 Tato podobnost si žádá, aby výklad pojmů „zakázka na služby“ a „koncese na služby“ použitých v rámci působnosti každé z obou výše uvedených směrnic byl veden týmiž úvahami.

44 Z toho vyplývá, že pokud je operace, která je předmětem původního řízení, kvalifikována jako „zakázka na služby“ ve smyslu směrnice 2004/17, musí být taková zakázka v zásadě zadána podle postupů stanovených v článcích 31 a 32 této směrnice. Naopak pokud je tato operace kvalifikována jako koncese na služby, není uvedená směrnice podle svého článku 18 na zadání použitelná. V tomto případě udělení koncese obecně nadále podléhá základním pravidlům Smlouvy o ES a zásadám rovného zacházení a zákazu diskriminace z důvodu státní příslušnosti, jakož i povinnosti transparentnosti, která z nich zvláště vyplývá (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 7. prosince 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Recueil, s. I-10745, body 60 až 62; ze dne 21. července 2005, Coname, C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, body 16 až 19; ze dne 13. října 2005, Parking Brixen, C-458/03, Sb. rozh. s. I-8585, body 46 až 49, a ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Sb. rozh. s. I-8457, bod 25).

45 Za tohoto stavu se předkládající soud snaží získat upřesnění kritérií umožňujících rozlišení mezi zakázkou na služby a koncesí na služby.

K první a druhé předběžné otázce

46 Podstatou první a druhé otázky předkládajícího soudu, které je třeba přezkoumat společně, je, zda v případě smlouvy týkající se služeb, postačuje samotná okolnost, že smluvní partner není odměňován přímo veřejným zadavatelem, ale že má právo vybírat odměnu soukromoprávního charakteru od třetích osob, k tomu, aby byla dotčená smlouva kvalifikována jako koncese na služby ve smyslu čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17. Pro případ záporné odpovědi na tuto otázku se vnitrostátní soud táže, zda taková smlouva musí být kvalifikována jako koncese na služby, pokud smluvní partner zcela nebo přinejmenším v převážném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je

vystaven veřejný zadavatel, třebaže je toto riziko od počátku velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je služba zajišťována.

47 Na podporu kladné odpovědi na první otázku WAZV Gotha, Stadtwirtschaft a WAL, jakož i německá a česká vláda tvrdí, že okolnost, že smluvní partner je odměňován platbami vybíranými od uživatelů dotčené služby, postačuje k tomu, aby se jednalo o koncesi na služby.

48 Společnost Eurawasser a Komise mají naopak za to, že je navíc třeba, aby smluvní partner nesl hospodářské riziko spojené s provozem dotčené služby.

49 V tomto ohledu je třeba uvést, že čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/17 stanoví, že „zakázky na dodávky, stavební práce a služby" jsou úplatnými smlouvami uzavřenými písemnou formou mezi jedním nebo více zadavateli uvedenými v čl. 2 odst. 2 této směrnice a jedním nebo více zhotoviteli, dodavateli nebo poskytovateli služeb.

50 Podle čl. 1 odst. 3 písm. b) uvedené směrnice je „koncese na služby" smlouvou stejného druhu jako zakázka na služby s tou výjimkou, že protiplnění za poskytnutí služeb spočívá buď výhradně v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou.

51 Ze srovnání těchto dvou definic vyplývá, že rozdíl mezi zakázkou na služby a koncesí na služby spočívá v protiplnění za poskytnutí služeb. Zakázka na služby zahrnuje protiplnění, které platí přímo veřejný zadavatel poskytovateli služeb (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Parking Brixen, bod 39), zatímco v případě koncese na služby spočívá protiplnění za poskytnutí služby buď jen v právu využívat služby, nebo v tomto právu společně s platbou.

52 Položené otázky vycházejí výslovně z okolnosti, že dotčená smlouva stanoví, že smluvní partner není odměňován přímo veřejným zadavatelem, ale odměnou soukromoprávního charakteru, kterou mu veřejný zadavatel povolil vybírat od třetích osob.

53 Ve světle kritéria uvedeného v bodě 51 tohoto rozsudku je skutečnost, že poskytovatel služeb je odměňován platbami pocházejícími od třetích osob, v projednávaném případě od uživatelů dotčené služby, jednou z forem, kterou může mít výkon práva využívat služby, jež bylo přiznáno poskytovateli služeb.

54 Toto kritérium vyplývalo již z judikatury Soudního dvora předcházející vstupu směrnice 2004/17 v platnost. Podle této judikatury se o koncesi na služby jedná tehdy, pokud sjednaný způsob odměny tkví v právu poskytovatele využívat vlastní plnění (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Telaustria a Telefonadress, bod 58; usnesení ze dne 30. května 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Recueil, s. I-4685, body 27 a 28, jakož i rozsudky ze dne 18. července 2007, Komise v. Itálie, C-382/05, Sb. rozh. s. I-6657, bod 34, a ze dne 13. listopadu 2008, Komise v. Itálie, C-437/07, bod 29).

55 V tomto ohledu není relevantní, zda se odměna se řídí soukromým, nebo veřejným právem.

56 Soudní dvůr uznal, že se jedná o koncesi na služby mimo jiné v případě, kdy odměna poskytovatele pochází z plateb od uživatelů veřejného parkoviště, veřejné dopravy a sítě kabelové televize (viz výše uvedený rozsudek Parking Brixen, bod 40; rozsudek ze dne 6. dubna 2006, ANAV, C-410/04, Recueil, s. I-3303, bod 16, a výše uvedený rozsudek ze dne 13. listopadu 2008, Coditel Brabant, bod 24).

57 Z toho vyplývá, že v případě smlouvy týkající se služeb, okolnost, že smluvní partner není přímo odměňován veřejným zadavatelem, ale má právo vybírat odměnu od třetích osob, splňuje požadavek protiplnění stanovený v čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17.

58 Tento závěr si nicméně vynucuje, aby byl upřesněn jak pojem „právo využívat“, tak pojem „protiplnění za poskytnutí“, uvedené ve zmíněném ustanovení.

59 Z judikatury Soudního dvora vyplývá, že pokud sjednaný způsob odměny spočívá v právu poskytovatele služby využívat vlastní plnění, tento způsob odměny zahrnuje to, že poskytovatel služby na sebe bere riziko spojené s provozováním dotčených služeb (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Parking Brixen, bod 40; výše uvedené rozsudky ze dne 18. července 2007, Komise v. Itálie, bod 34, a ze dne 13. listopadu 2008, Komise v. Itálie, bod 29).

60 K této problematice zúčastnění, kteří předložili vyjádření, zaujali ve své hlavní či podpůrné argumentaci protichůdná stanoviska.

61 WAZV Gotha tvrdí, že skutečnost, že smluvní partner převezme provozní riziko za podmínek věci v původním řízení, stačí k tomu, aby se jednalo o koncesi na služby.

62 Podle Stadtwirtschaft, WAL a české vlády smluvní partner není zcela povinen převzít toto riziko. Stačí, když jej převezme v převážném rozsahu.

63 Německá vláda má za to, že se jedná o koncesi na služby tehdy, pokud smluvní partner převezme provozní riziko, které není úplně nepatrné.

64 Společnost Eurawasser má za to, že v rámci operace, která je předmětem původního řízení, neexistuje významné riziko, které by mohlo být převedeno na smluvního partnera veřejným zadavatelem. Toto zadání služby je tudíž podle ní třeba kvalifikovat jako zakázku, a nikoliv jako koncesi.

65 Komise poukazuje na to, že se musí jednat o významné provozní riziko, které však nemusí nutně odpovídat hospodářskému riziku existujícímu obvykle na volném trhu. Zakázka na služby, jejíž hospodářské riziko je veřejnými zadavateli sníženo na minimum, nemůže být podle Komise kvalifikována jako koncese na služby.

66 V tomto ohledu je třeba uvést, že v hospodářském provozování služby je zahrnuto riziko.

67 Pokud veřejný zadavatel nadále zcela nese riziko a nevystavuje poskytovatele služeb tržním rizikům, zadání poskytování služby vyžaduje použití postupů stanovených směrnicí 2004/17 za účelem ochrany transparentnosti a hospodářské soutěže.

68 Pokud vůbec nedojde k převodu rizika na poskytovatele služby, je předmětná operace zakázkou na služby (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 27. října 2005, Contse a další, C-234/03, Sb. rozh. s. I-9315, bod 22, a výše uvedený rozsudek ze dne 18. července 2007, Komise v. Itálie, body 35 až 37, a obdobně, pokud jde o koncesi na stavební práce, výše

uvedený rozsudek ze dne 13. listopadu 2008, Komise v. Itálie, body 30 a 32 až 35). Jak bylo uvedeno v bodě 51 tohoto rozsudku, v tomto posledně uvedeném případě nespočívá protiplnění v právu využívat služby.

69 Položené otázky vycházejí z předpokladu, že poskytování služby dotčené v původním řízení s sebou nese velmi omezená hospodářská rizika, i v případě, že by uvedená služba byla poskytována veřejným zadavatelem, a to z důvodu použití právní úpravy vztahující se na dotčené odvětví.

70 Přitom podle některých argumentů předložených Soudnímu dvoru, k tomu, aby za takových okolností představovala předmětná operace koncesi, je třeba, aby riziko převedené z poskytovatele koncese na koncesionáře bylo významné.

71 Tyto argumenty nemohou být zcela přijaty.

72 Je obvyklé, že některá odvětví, zejména pak odvětví, která se zabývají činností ve veřejném zájmu, jako je distribuce vody a odvádění odpadních vod, jsou předmětem právní úpravy, která může mít za účinek omezení vzniklých hospodářských rizik.

73 Jednak veřejnoprávní podmínky, kterým podléhá hospodářské a finanční provozování služby, umožňují kontrolu provozu této služby a omezují okolnosti, které by mohly ohrozit transparentnost a narušit hospodářskou soutěž.

74 Krom toho veřejným zadavatelům musí být nadále dovoleno, aby v dobré víře zajistili poskytování služeb prostřednictvím koncese, pokud mají za to, že se jedná o lepší způsob zajištění určité veřejné služby, a to i když je provozní riziko velmi omezené.

75 Krom toho nebylo by rozumné žádat veřejný orgán, který poskytl koncesi, aby vytvořil přísnější podmínky hospodářské soutěže a hospodářského rizika, než jsou podmínky, které v tomto odvětví existují na základě právní úpravy na něj použitelné.

76 Za takových situací vzhledem k tomu, že veřejný zadavatel nemá žádný vliv na veřejnoprávní podmínky použitelné na uspořádání služby, nemůže zavést, a proto ani převést rizikové faktory, které jsou těmito podmínkami vyloučeny.

77 V každém případě, i když je riziko, jemuž je veřejný zadavatel vystaven, velmi omezené k tomu, aby bylo možné dojít k závěru o existenci koncese na služby, je nezbytné, aby veřejný zadavatel zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převedl na koncesionáře provozní riziko, kterému je vystaven.

78 Je věcí vnitrostátního soudu, aby posoudil, zda došlo zcela nebo ve významném rozsahu k převodu rizika, kterému je vystaven veřejný zadavatel.

79 Za tímto účelem nemusí být zohledněna obecná rizika, která vyplývají ze změn právní úpravy, k nimž došlo v průběhu provádění smlouvy.

80 Proto je třeba odpovědět na první a druhou otázku tak, že skutečnost, že v rámci smlouvy na služby není smluvní partner přímo odměňován veřejným zadavatelem, ale má právo vybírat odměnu od třetích osob, postačuje k tomu, aby tato smlouva byla kvalifikována jako „koncese na služby" ve smyslu čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice 2004/17, pokud smluvní partner zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, i když je toto riziko od začátku velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je služba zajišťována.

Ke třetí otázce

81 S ohledem na odpověď danou na první a druhou otázku, není namístě odpovídat na třetí otázku.

K nákladům řízení

82 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (třetí senát) rozhodl takto:

Skutečnost, že v rámci smlouvy na služby není smluvní partner přímo odměňován veřejným zadavatelem, ale má právo vybírat odměnu od třetích osob, postačuje k tomu, aby tato smlouva byla kvalifikována jako „koncese na služby“ ve smyslu čl. 1 odst. 3 písm. b) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/17/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb, pokud smluvní partner zcela nebo přinejmenším ve významném rozsahu převezme provozní riziko, kterému je vystaven veřejný zadavatel, i když je toto riziko od začátku velmi omezené díky veřejnoprávním podmínkám, za nichž je služba zajišťována.

Podpisy.