A BÍRÓSÁG ÍTÉLETE (harmadik tanács)

2009. szeptember 10.*

A C-206/08. sz. ügyben,

az EK 234. cikk alapján benyújtott előzetes döntéshozatal iránti kérelem tárgyában, amelyet a Thüringer Oberlandesgericht (Németország) a Bírósághoz 2008. május 19-én érkezett, 2008. május 8-i határozatával terjesztett elő az előtte

a **Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)**

és

az **Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH**

között,

a **Stadtwirtschaft Gotha GmbH,**

* Az eljárás nyelve: német.

a **Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL)**

részvételével

folyamatban lévő eljárásban,

A BÍRÓSÁG (harmadik tanács),

tagjai: A. Rosas tanácselnök, J. N. Cunha Rodrigues (előadó), J. Klučka, P. Lindh és A. Arabadjiev bírák,

főtanácsnok: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
hivatalvezető: C. Strömholm tanácsos,

tekintettel az írásbeli szakaszra és a 2009. április 23-i tárgyalásra,

figyelembe véve a következők által előterjesztett észrevételeket:

– a Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) képviseletében S. Wellmann és P. Hermisson Rechtsanwälte,

– az Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH képviseletében U.-D. Pape Rechtsanwalt,

– a Stadtwirtschaft Gotha GmbH képviseletében E. Glahs Rechtsanwältin,

– a Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL) képviseletében S. Gesterkamp és S. Sieme Rechtsanwälte,

– a német kormány képviseletében M. Lumma és J. Möller, meghatalmazotti minőségben,

– a cseh kormány képviseletében M. Smolek, meghatalmazotti minőségben,

– az Európai Közösségek Bizottsága képviseletében P. Oliver, D. Kukovec és C. Zadra, meghatalmazotti minőségben, segítőjük: B. Wägenbaur Rechtsanwalt,

tekintettel a főtanácsnok meghallgatását követően hozott határozatra, miszerint az ügy elbírálására a főtanácsnok indítványa nélkül kerül sor,

meghozta a következő

Ítéletet

1 Az előzetes döntéshozatali kérelem a „szolgáltatási koncessziónak” a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/17/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 134., 1. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 19. o.) értelmében vett fogalmának értelmezésére irányul.

2 Ezt a kérelmet a Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (Gotha városa és a közigazgatási egységéhez tartozó települések vízellátási és szennyvízelvezetési társulása, a továbbiakban: WAZV Gotha) és az Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (szennyvízkezelő vállalkozás, a továbbiakban: Eurawasser) között folyamatban lévő eljárásban terjesztették elő, amelynek tárgyát ivóvíz-ellátási és szennyvíz-elvezetési közszolgáltatás odaítélése képezi.

Jogi háttér

3 A 2004/17 irányelv 1. cikke (2) bekezdésének a) és d) pontja a következőképpen rendelkezik:

„(2) a) »Árubeszerzésre, építési beruházásra és szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés«: a 2. cikk (2) bekezdésében meghatározott, egy vagy több ajánlatkérő és egy vagy több vállalkozó, szállító, vagy szolgáltató által írásban megkötött visszterhes szerződés;

[…]

»d) szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés«: olyan, az építési beruházásra és az árubeszerzésre irányuló szerződéstől eltérő szerződés, amelynek tárgya a XVII. mellékletben említett szolgáltatások nyújtása.

[…]”

4 Ezen irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontja a következőképpen rendelkezik:

„»szolgáltatási koncesszió«: a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződéssel azonos típusú szerződés, kivéve azt a jellemzőjét, hogy a szolgáltatás ellenszolgáltatása vagy kizárólag a szolgáltatás hasznosításának joga, vagy e jog pénzbeli ellenszolgáltatással együtt.”

5 Az említett irányelv 2. cikke értelmében:

„(1) Ezen irányelv alkalmazásában:

a) *»ajánlatkérő szerv«* az állam, a területi vagy a települési önkormányzat, a közjogi intézmény, továbbá az egy vagy több ilyen szerv, illetve közjogi intézmény által létrehozott társulás.

[…]

(2) Ezt az irányelvet olyan ajánlatkérőkre kell alkalmazni,

a) amelyek ajánlatkérő szervek vagy közvállalkozások, és a 3–7. cikkben említett tevékenységek valamelyikét folytatják;

[…]”

6 A 2004/17 irányelv 4. cikke a következőképpen rendelkezik:

„(1) Ezt az irányelvet alkalmazni kell a következő tevékenységekre:

a) olyan rögzített hálózatok rendelkezésre bocsátása vagy üzemeltetése, amelyek rendeltetése a fogyasztók számára szolgáltatás teljesítése az ivóvíz előállítása, szállítása vagy elosztása terén; vagy

b) ivóvíz szállítása ilyen hálózatok számára.

(2) Ezt az irányelvet azokra a szerződésekre, illetve tervpályázatokra is alkalmazni kell, amelyeket az (1) bekezdésben említett tevékenységet folytató szervezet ítél oda, illetve szervez, és amelyek:

[…]

b) szennyvízelvezetéssel vagy -kezeléssel kapcsolatosak.

[…]”

7 Ezen irányelv 18. cikkének rendelkezése szerint:

„Ez az irányelv nem alkalmazható olyan, építési és szolgáltatási koncessziókra, amelyeket a 3–7. cikkben említett egy vagy több tevékenységet folytató ajánlatkérők ítélnek oda, amennyiben az ilyen koncesszió megadása e tevékenységek végzésére irányul.”

8 Az említett irányelv 31. cikkének értelmében:

„A XVIIA. mellékletben felsorolt szolgáltatásokra irányuló szerződéseket a 34–59. cikkel összhangban kell odaítélni.”

9 Ugyanezen irányelv 32. cikke megállapítja:

„A XVIIB. mellékletben felsorolt szolgáltatásokra irányuló szerződések odaítélésére kizárólag a 34. és a 43. cikket kell alkalmazni."

10 A 2004/17 irányelv 71. cikkének megfelelően a tagállamoknak 2006. január 31-ig kellett hatályba léptetniük azon rendelkezéseket, amelyek szükségesek ahhoz, hogy ennek az irányelvnek megfeleljenek.

Az alapeljárás és az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések

11 Az ügy irataiból kiderül, hogy a WAZV Gotha települések olyan társulása, amelyet a német jog egyes rendelkezéseiből eredő azon kötelezettség terhel, hogy a területén élő lakosok számára gondoskodjon az ivóvízellátásról és a szennyvízelvezetésről.

12 Egy 1994-ben kötött ügyviteli szerződés keretében a WAZV Gotha a Stadtwirtschaft Gotha GmbH-t (Gotha város önkormányzati vállalkozása, a továbbiakban: Stadtwirtschaft) bízta meg a vízellátás terén felmerülő valamennyi műszaki, kereskedelmi és adminisztratív szolgáltatás ellátásával. Mivel e szerződés időtartama a 2008-as év folyamán lejárt volna, a WAZV Gotha azt tervezte, hogy felveszi a Stadtwirtschaftot a tagjai sorába, hogy ezáltal továbbra is rábízhassa az ügyvitelt. Azonban a felügyeleti hatóságok a közbeszerzést szabályozó rendelkezésekre hivatkozva nem engedélyezték, hogy a Stadtwirtschaft a WAZV Gotha tagjává váljon.

13 Annak érdekében, hogy továbbra is harmadik személyt bízzon meg az ügyvitellel, a WAZV Gotha úgy döntött, hogy koncesszióba adja az ivóvíz-ellátási és szennyvízelvezetési szolgáltatást. Ezért 2007 szeptemberében nem alakszerű odaítélési eljárást indított, ahelyett, hogy a versenykorlátozás elleni törvény (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, a továbbiakban: GWB) 97. és azt követő §-aiban említett, formális közbeszerzési eljárást alkalmazta volna. Mindazonáltal a WAZV Gotha 2007/S 180-220 518. hivatkozási szám alatt közzétett egy hirdetményt az *Európai Unió Hivatalos Lapjának* 2007. szeptember 19-i számában.

14 A hirdetmény azt tartalmazta, hogy 20 éves időtartamra a vízellátásra és a szennyvízelvezetésre vonatkozó szolgáltatási koncesszió odaítélésére kerül sor a WAZV Gotha illetékességébe tartozó területen, és felhívta az érdekelt vállalkozásokat, hogy nyújtsák be jelentkezésüket.

15 A hirdetmény és az ahhoz kapcsolódó szerződéstervezetek úgy rendelkeztek, hogy a koncessziós jogosult saját nevében és saját költségére kötött magánjogi szerződések keretében fogja nyújtani az említett szolgáltatásokat a WAZV Gotha illetékességi területén lakó fogyasztóknak, és ellenszolgáltatásként e fogyasztóktól díjat fog szedni.

16 A rendelkezések szerint a koncessziós jogosultnak hatásköre van arra, hogy méltányos módon maga állapítsa meg a nyújtott szolgáltatásokért járó díjakat, és, hogy azok összegének megállapításáért is kizárólagos felelősséget viseljen. Ez a hatáskör azonban korlátozott annyiban, amennyiben a koncessziós jogosultnak 2009. december 31-ig a hirdetmény közzététele idején hatályos tarifákat kell alkalmaznia, azt követően pedig a tarifáknak meg kell felelniük a kommunális adókról szóló thüringiai tartományi törvény (Thüringer Kommunalabgabengesetz) rendelkezéseinek.

17 A hirdetmény és a szerződéstervezetek továbbá arról is rendelkeztek, hogy a vízellátás és a szennyvízelvezetés műszaki létesítményei a WAZV Gotha tulajdonában maradnak, és azokat a koncessziós jogosult bérli, miközben jogosult arra, hogy a megfelelő bérleti

díjat a fogyasztóktól a nyújtott szolgáltatásért kért díjban figyelembe vegye. Az említett létesítmények karbantartása a koncessziós jogosult kötelessége.

18 A WAZV Gotha vállalta, hogy rendelettel teszi kötelezővé a vízellátási és szennyvízelvezetési közhálózatokra történő csatlakozást és e hálózatok igénybevételét. A koncessziós jogosult ugyanakkor nem tudta minden egyes esetben megkövetelni e kötelezettség tiszteletben tartását.

19 Végül a WAZV Gotha vállalta, hogy a részére nyújtott állami támogatásokat a törvényi lehetőségek keretei között a koncessziós jogosult rendelkezésére bocsátja.

20 A hirdetmény szerint 2007. október 8-a volt a részvételi jelentkezések beérkezésének határideje. 2007. október 4-i levelében az Eurawasser kifogásolta, hogy a WAZV Gotha a fent említett szolgáltatásokat nem a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződések odaítélésére vonatkozó alakszerű odaítélési eljárás keretében, hanem szolgáltatási koncesszió révén kívánja odaítélni.

21 Az Eurawasser 2007. október 8-án nyújtotta be részvételi jelentkezését. A Stadtwirtschaft és a Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (Lausitz régió településközi vízgazdálkodási társulásának alárendelt üzemeltetési vállalkozás, a továbbiakban: WAL) szintén részt vett a pályázati eljárásban, és a WAZV Gotha ajánlattételre hívta fel őket. A hirdetményben megszabott határidő lejártáig összesen nyolc részvételi jelentkezést nyújtottak be.

22 A WAZV Gotha 2007. október 9-i levelében elutasította az Eurawasser panaszát. Az Eurawasser, miután eredménytelenül terjesztett elő további panaszokat 2007. október 19-én és november 23-án, keresetet nyújtott be az illetékes Vergabekammerhez (közbeszerzési tanács), arra hivatkozva, hogy a WAZV Gotha nem a megfelelő szerződés-odaítélési eljárást választotta.

23 2008. január 24-i határozatában a Vergabekammer megállapította, hogy a szóban forgó ügylet ténylegesen szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződésnek minősül, hogy a WAZV Gothának alakszerű szerződés-odaítélési eljárást kellett volna lefolytatnia, valamint hogy az eljárást a hirdetmény közzététele előtti állapotába kell visszaállítani.

24 A WAZV Gotha e határozat ellen fellebbezést nyújtott be a Thüringer Oberlandesgerichthez.

25 A Stadtwirtschaft és a WAL számára engedélyezték a szóban forgó eljárásban a beavatkozást.

26 E körülmények között a Thüringer Oberlandesgericht úgy határozott, hogy az eljárást felfüggeszti, és előzetes döntéshozatal céljából a következő kérdéseket terjesztette a Bíróság elé:

„1) Az olyan szolgáltatásnyújtásra (itt: vízellátási és szennyvíz-elvezetési szolgáltatásokra) irányuló szerződést, amelynek tartalma alapján az ajánlatkérő közvetlenül nem fizet díjat a nyertes ajánlattevő részére, hanem biztosítja számára magánjogi díjak harmadik felektől történő beszedésének jogát, pusztán ebből az okból a [2004/17] irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontja értelmében vett »szolgáltatási koncesszióként« kell-e besorolni, elhatárolva az irányelv 1. cikke (2) bekezdésének a) és d) pontja értelmében vett, szolgáltatásnyújtásra irányuló visszterhes szerződéstől?

2) Ha az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésre nemleges válasz adandó, az előzetes döntéshozatalra előterjesztett első kérdésben leírt jellegű szerződések esetében egyfajta szolgáltatási koncesszióról van-e szó, ha a szolgáltatás szervezésének közjogi kialakítása miatt (csatlakozási és igénybevételi kényszer; költségmegtérülés elve alapján történő árkalkuláció) a kérdéses szolgáltatással összefüggő működtetési kockázat kezdettől fogva jelentősen korlátozott, tehát akkor is az lenne, ha az ajánlatkérő maga nyújtaná a szolgáltatást, a nyertes ajánlattevő azonban ezt a korlátozott kockázatot teljes mértékben, vagy legalábbis túlnyomó részben átvállalja?

3) Ha az előzetes döntéshozatalra előterjesztett második kérdésre is nemleges válasz adandó, úgy kell-e értelmezni a [2004/17] irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontját, hogy a szolgáltatásnyújtással összefüggő működtetési kockázatnak, különösen az üzleti kockázatnak, minőségileg ahhoz a kockázathoz kell közelítenie, mint amely a több versengő szolgáltató részvételével működő szabad piac feltételei mellett áll fenn?"

Az elfogadhatóságról

27 A WAZV Gotha szerint az előzetes döntéshozatali kérelem elfogadhatatlan, mert az első kérdésre adandó válasz nyilvánvalóan következik a 2004/17 irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontjában szereplő szolgáltatási koncesszió fogalommeghatározásából, valamint a Bíróság ítélkezési gyakorlatából. Ennélfogva a kért értelmezésre nincs szükség. A WAL lényegében hasonló érveket terjeszt elő.

28 A Stadtwirtschaft azzal érvel, hogy az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések a kérdést előterjesztő bíróság által meghozandó határozat szempontjából nem relevánsak, mivel az alapjogvita e kérdések megválaszolása nélkül is megoldható. A WAZV Gotha ugyanis olyan szerződés-odaítélési eljárást alkalmazott, amely akkor is szabályos, ha bebizonyosodik, hogy az alapügyben érintett szerződéseket a 2004/17 irányelv alkalmazási körébe tartozó, szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződéseknek kell minősíteni.

29 Ezzel szemben az Európai Közösségek Bizottsága úgy ítéli meg, hogy az előzetes döntéshozatali kérelem elfogadható. A Bizottság szerint, amint az előzetes döntéshozatalra utaló határozatból kitűnik, a nemzeti bíróság úgy véli, hogy a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés fogalmának és a szolgáltatási koncesszió fogalmának elhatárolására vonatkozó előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések feltétlenül szükségesek számára ahhoz, hogy az elé terjesztett fellebbezés elfogadhatósága tárgyában dönteni tudjon.

30 Az előzetes döntéshozatal iránti kérelem benyújtását követően a WAZV Gotha 2008. szeptember 4-én úgy döntött, hogy megszünteti az alapjogvita tárgyát képező pályázati eljárást.

31 E megszüntetést követően az Eurawasser nem állt el a keresetétől, de módosította azt. Most az Eurawasser kérelme arra irányul, hogy olyan döntés szülessen, amely megállapítja, hogy a megszüntetett eljárás eredményeként sérülnek az Eurawassernek a GWB 97. és azt követő §-aiból eredő, a szerződés-odaítélési eljárási szabályok betartásához fűződő jogai.

32 2008. december 24-i levelében a kérdést előterjesztő bíróság arról tájékoztatta a Bíróságot, hogy fenntartja előzetes döntéshozatal iránti kérelmét. E bíróság ugyanis úgy ítéli meg, hogy a módosított kereset elbírálásához továbbra is szüksége van a feltett kérdések megválaszolására, ha másért nem, azért, mert a szolgáltatási koncessziók eleve nem tartoznak a GWB 97. és azt követő §-ai alkalmazási körébe, továbbá azért, mert emiatt az alapügyben előterjesztett kereset módosításának semmilyen hatása nincs arra a tényre, hogy a közbeszerzési szerződések tárgyában alkalmazandó eljárások tiszteletben tartásának felülvizsgálatára hatáskörrel rendelkező bíróságok – nevezetesen a Vergabekammer és a Vergabesenat – előtti keresetindítás elfogadhatatlan lenne abban az esetben, ha az alapügyben érintett szerződés szolgáltatási koncessziónak minősülne.

33 E tekintetben a Bíróság kimondta, hogy a közte és a nemzeti bíróságok közötti, az EK 234. cikkel létrehozott együttműködés keretében az ügyben eljáró és határozathozatalra hivatott nemzeti bíróság hatáskörébe tartozik annak megítélése, hogy – tekintettel az ügy különleges jellemzőire – ítélete meghozatalához szükségesnek tartja-e az előzetes döntéshozatalt, és ha igen, a Bíróságnak feltett kérdései relevánsak-e. Következésképpen, amennyiben a feltett kérdések a közösségi jog értelmezésére vonatkoznak, a Bíróság – főszabály szerint – köteles határozatot hozni (lásd különösen a C-544/07. sz. Rüffler-ügyben 2009. április 23-án hozott ítélet [EBHT 2009., I-3389. o.] 36. pontját és az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot).

34 A Bíróság azt is kimondta, hogy kivételes esetekben jogosult saját hatáskörének megállapítása céljából megvizsgálni azokat a körülményeket, amelyek mellett a nemzeti

bíróság hozzá fordult. Csak akkor utasítható el a határozathozatal a nemzeti bíróság által előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésről, ha a közösségi jog kért értelmezése nyilvánvalóan nem áll kapcsolatban az alapjogvita tényeivel vagy tárgyával, ha a probléma hipotetikus, vagy ha nem állnak a Bíróság rendelkezésére azon ténybeli és jogi körülmények, amelyek ahhoz szükségesek, hogy a feltett kérdésekre hasznos módon válaszolhasson (lásd különösen a fent hivatkozott Rüffler-ügyben hozott ítélet 37. és 38. pontját, valamint az ott hivatkozott ítélkezési gyakorlatot).

35 Előzetes döntéshozatalra utaló határozatában, valamint 2008. december 24-én kelt levelében a kérdést előterjesztő bíróság egyértelműen megfogalmazta azokat az okokat, amelyek miatt úgy ítéli meg, hogy az általa feltett kérdések relevánsak, és hogy az előtte folyamatban lévő ügy eldöntéséhez ezek megválaszolása szükséges. E magyarázatokra tekintettel a feltett kérdések nem tűnnek hipotetikusnak, és nem tűnik úgy, hogy ne állnának kapcsolatban az alapjogvita tárgyával.

36 Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdések így elfogadhatók.

Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdésekről

Előzetes megjegyzések

37 Elöljáróban rögzíteni kell, hogy az ügy irataiban szereplő körülmények szerint a WAZV Gotha a 2004/17 irányelv 2. cikke (1) bekezdésének a) pontjában szereplő ajánlatkérő szerv fogalommeghatározásának körébe tartozik, az ajánlatkérő szerv pedig azon ajánlatkérők egyik kategóriája, amelyekre ezt az irányelvet, 2. cikke (2) bekezdésének a) pontja értelmében, alkalmazni kell.

38 Ezenkívül az alapügy a 2004/17 irányelv hatálya alá tartozik, annak 4. cikkével összhangban, annyiban, amennyiben az érintett ajánlatkérő szerv, nevezetesen a WAZV Gotha, tevékenységét az ivóvízszállítás és szennyvízelvezetés terén végzi.

39 A 2004/17 irányelv időbeli szempontból is alkalmazható az alapügyre, tekintve hogy – miközben az irányelv végrehajtására annak 71. cikkében megállapított határidő 2006. január 31-én lejárt – az alapügyben érintett pályázati eljárás megindítására 2007 szeptemberében került sor.

40 Emlékeztetni kell arra, hogy a szolgáltatási koncesszió fogalommeghatározását a közösségi jogszabályrendszerbe a 2004/17 irányelv 1. cikke (2) bekezdésének a) pontja vezette be. Ez a fogalom a tárgybeli korábbi irányelvekben, különösen a vízügyi, energiaipari, szállítási és távközlési ágazatokban működő vállalkozások beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1993. június 14-i 93/38/EGK tanácsi irányelvben (HL L 199., 84. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 2. kötet, 194. o.), nem szerepelt.

41 A 2004/17 irányelv 18. cikkében a közösségi jogalkotó kimondta, hogy ez az irányelv nem alkalmazható azokra a szolgáltatási koncessziókra, amelyeket többek között a vízügyi ágazatban tevékenykedő ajánlatkérők ítélnek oda.

42 Emellett emlékeztetni kell arra, hogy az építési beruházásra, az árubeszerzésre és a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/18/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv (HL L 134., 114. o.; magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 7. kötet, 132. o.) a saját alkalmazási körét illetően, az 1. cikke (2) bekezdésének a) pontjában és (4) bekezdésében a „közbeszerzési szerződés” és a „szolgáltatási koncesszió” olyan fogalommeghatározásait tartalmazza, amelyek tartalmukban hasonlóak a 2004/17 irányelv 1. cikke (2) bekezdésének a) pontjában és (3) bekezdésének b) pontjában szereplő megfelelő fogalommeghatározásokhoz.

43 Ebből a hasonlóságból az következik, hogy a két fent említett irányelv alkalmazási körében ugyanazon szempontok szerint kell értelmezni a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés, illetve a szolgáltatási koncesszió fogalmát.

44 Következésképpen, ha az alapügyben érintett ügylet a 2004/17 irányelv értelmében „szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződésnek" minősül, az ilyen szerződést elvben az irányelv 31. és 32. cikkében előírt eljárásnak megfelelően kell odaítélni. Ezzel szemben, ha ez az ügylet szolgáltatási koncessziónak minősül, az említett irányelv – a 18. cikke alapján – nem alkalmazandó rá. Ebben az esetben a koncesszió odaítélésére továbbra is általában az EK-Szerződés alapvető szabályai fognak vonatkozni, és különösen az egyenlő bánásmód elve és az állampolgárságon alapuló hátrányos megkülönböztetés tilalma, valamint az abból fakadó átláthatóság követelménye (lásd ebben az értelemben a C-324/98. sz., Telaustria és Telefonadress ügyben 2000. december 7-én hozott ítélet [EBHT 2000., I-10745. o.] 60–62. pontját; a C-231/03. sz. Coname-ügyben 2005. július 21-én hozott ítélet [EBHT 2005., I-7287. o.] 16–19. pontját; a C-458/03. sz. Parking Brixen ügyben 2005. október 13-án hozott ítélet [EBHT 2005., I-8585. o.] 46–49. pontját, valamint a C-324/07. sz. Coditel Brabant ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet [EBHT 2008., I-8457. o.] 25. pontját).

45 A kérdést előterjesztő bíróság e körülmények alapján igyekszik pontosíttatni azokat a kritériumokat, amelyek segítségével a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés és a szolgáltatási koncesszió egymástól elhatárolható.

Az első és a második kérdésről

46 A kérdést előterjesztő bíróság az együtt vizsgálandó első és második kérdésével lényegében arra vár választ, hogy egy szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés esetében az a körülmény, hogy az ajánlatkérő szerv közvetlenül nem fizet díjat a nyertes ajánlattevő részére, hanem ez utóbbi arra jogosult, hogy harmadik személyektől magánjogi díjat szedjen, önmagában elegendő-e ahhoz, hogy a kérdéses szerződés a 2004/17 irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontja értelmében szolgáltatási koncessziónak minősüljön. Ha erre a kérdésre nemleges válasz adandó, a nemzeti bíróság azt kérdezi, hogy az ilyen szerződés szolgáltatási koncessziónak minősítendő-e akkor, ha a nyertes ajánlattevő az ajánlatkérő szerv által viselt működtetési kockázatot

teljes mértékben, vagy legalábbis túlnyomó részben átvállalja, még akkor is, ha ez a kockázat a szolgáltatás szervezésének közjogi kialakítása miatt kezdettől fogva jelentősen korlátozott.

47 Az első kérdésre igenlő választ javasló WAZV Gotha, a Stadtwirtschaft és a WAL, valamint a német és a cseh kormány, azt állítják, hogy az a körülmény, hogy a nyertes ajánlattevő részére az ellenszolgáltatás abban nyilvánul meg, hogy az érintett szolgáltatás igénybevevőitől díjat szed, elegendő ahhoz, hogy szolgáltatási koncesszióról legyen szó.

48 Ezzel szemben az Eurawasser és a Bizottság úgy ítélik meg, hogy emellett az is szükséges, hogy a nyertes ajánlattevő viselje a kérdéses szolgáltatás üzemeltetésének gazdasági kockázatát.

49 E tekintetben meg kell jegyezni, hogy a 2004/17 irányelv 1. cikke (2) bekezdésének a) pontja úgy rendelkezik, hogy az „árubeszerzésre, építési beruházásra és szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés” az ezen irányelv 2. cikkének (2) bekezdésében meghatározott, egy vagy több ajánlatkérő és egy vagy több vállalkozó, szállító vagy szolgáltató által írásban megkötött visszterhes szerződés.

50 Az említett irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontja szerint, a „szolgáltatási koncesszió” a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződéssel azonos típusú szerződés, kivéve azt a jellemzőjét, hogy a szolgáltatás ellenszolgáltatása vagy kizárólag a szolgáltatás hasznosításának joga, vagy e jog pénzbeli ellenszolgáltatással együtt.

51 E két fogalommeghatározás összehasonlításából az tűnik ki, hogy a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés és a szolgáltatási koncesszió közötti különbség a szolgáltatás ellenszolgáltatásában van. A szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés olyan ellenszolgáltatást tartalmaz, amelyet az ajánlatkérő szerv közvetlenül fizet a szolgáltatónak (lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 39. pontját), míg a szolgáltatási koncesszió esetében a szolgáltatás ellenszolgáltatása a szolgáltatás hasznosításának joga, vagy önmagában, vagy pénzbeli ellenszolgáltatással együtt.

52 A feltett kérdések kifejezetten abból indulnak ki, hogy a szóban forgó szerződés alapján a nyertes ajánlattevő nem közvetlenül az ajánlatkérő szervtől részesül ellenszolgáltatásban, hanem magánjogi díjazás útján, amely díjat az ajánlatkérő szerv felhatalmazása alapján jogosult beszedni harmadik személyektől.

53 A jelen ítélet 51. pontjában megfogalmazott kritérium fényében, az a tény, hogy a szolgáltató harmadik személyektől, jelen esetben az érintett szolgáltatás igénybevevőitől származó kifizetés formájában részesül ellenszolgáltatásban, egyik lehetséges formája a szolgáltató számára biztosított, a szolgáltatás hasznosítására vonatkozó jognak.

54 Ez a kritérium már a Bíróságnak a 2004/17 irányelv hatálybalépését megelőző ítélkezési gyakorlatából is következett. Ezen ítélkezési gyakorlat szerint szolgáltatási koncesszióról van szó abban az esetben, ha a díjazási mód, amelyben a felek megállapodtak, abban áll, hogy a szolgáltatónak joga van saját szolgáltatásának hasznosítására (lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Telaustria és Telefonadress ügyben hozott ítélet 58. pontját, a C-358/00. sz. Buchhändler-Vereinigung ügyben 2002. május 30-án hozott végzés [EBHT 2002., I-4685. o.] 27. és 28. pontját, valamint a C-382/05. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2007. július 18-án hozott ítélet [EBHT 2007., I-6657. o.] 34. pontját és a C-437/07. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet 29. pontját).

55 E tekintetben nem releváns, hogy az ellenszolgáltatásra a magánjog vagy a közjog szabályai irányadóak-e.

56 A Bíróság elismerte a szolgáltatási koncesszió fennállását különösen olyan esetekben, amikor a szolgáltató részére nyújtott ellenszolgáltatás egy nyilvános parkoló, egy tömegközlekedési szolgáltatás, illetve egy műsorelosztó hálózat igénybevevői által fizetett díj formájában jelent meg (lásd a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 40. pontját; a C-410/04. sz. ANAV-ügyben 2006. április 6-án hozott ítélet [EBHT 2006., I-3303. o.] 16. pontját, valamint a fent hivatkozott Coditel Brabant ügyben hozott ítélet 24. pontját).

57 Következésképpen a szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződések esetében az a körülmény, hogy az ajánlatkérő közvetlenül nem fizet díjat a nyertes ajánlattevő részére, hanem ez utóbbi harmadik személyektől jogosult díjat szedni, megfelel a 2004/17 irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontjában foglalt ellenszolgáltatás követelményének.

58 Ez a következtetés ugyanakkor szükségessé teszi az említett rendelkezésben szereplő „hasznosítási jog” – mint „a szolgáltatás ellenszolgáltatása” – fogalmának pontos meghatározását.

59 A Bíróság ítélkezési gyakorlatából következik, hogy ha a díjazási mód, amelyben a felek megállapodtak, abban áll, hogy a szolgáltatónak joga van saját szolgáltatásának hasznosítására, e díjazási mód magában foglalja azt, hogy a kérdéses szolgáltatás nyújtásához kapcsolódó kockázatokat szintén a szolgáltató viseli (lásd ebben az értelemben a fent hivatkozott Parking Brixen ügyben hozott ítélet 40. pontját, a fent hivatkozott Bizottság kontra Olaszország ügyben 2007. július 18-án hozott ítélet 34. pontját és a fent hivatkozott Bizottság kontra Olaszország ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet 29. pontját).

60 Ezzel kapcsolatban az észrevételeket benyújtó érdekeltek – elsődlegesen vagy másodlagosan – eltérő álláspontot képviseltek.

61 A WAZV Gotha állítása szerint az, hogy a nyertes ajánlattevő viseli a hasznosítással járó kockázatot, az alapügy körülményei között elegendő ahhoz, hogy szolgáltatási koncesszióról legyen szó.

62 A Stadtwirtschaft, a WAL és a cseh kormány szerint a nyertes ajánlattevőnek nem kell teljes egészében viselnie ezt a kockázatot. Szerintük elegendő, ha a kockázatot túlnyomó részben viseli.

63 A német kormány úgy ítéli meg, hogy akkor lehet szó szolgáltatási koncesszióról, ha a nyertes ajánlattevő a hasznosítással járó olyan mértékű kockázatot vállal, amely nem teljesen jelentéktelen.

64 Az Eurawasser álláspontja szerint az alapügyben érintett ügyletben nincs olyan jelentős kockázat, amelyet az ajánlatkérő szerv a nyertes ajánlattevőre háríthatna. Ennélfogva ezt az ügyletet szerinte szerződésnek, és nem koncessziónak kell minősíteni.

65 A Bizottság megjegyzi, hogy a hasznosításnak jelentős kockázattal kell járnia, amelynek azonban nem feltétlenül kell azonosnak lennie azzal a gazdasági kockázattal, amely a szabad piacot szokásosan jellemzi. A Bizottság szerint nem lehet szolgáltatási koncessziónak minősíteni egy olyan szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződést, amely esetében a gazdasági kockázatot a közigazgatási szervek a minimálisra csökkentik.

66 E tekintetben meg kell jegyezni, hogy a kockázat a szolgáltatás gazdasági hasznosításának velejárója.

67 Ha az ajánlatkérő továbbra is a kockázat teljes egészét viseli, és ezáltal a szolgáltatót nem teszi ki a piac kiszámíthatatlanságának, a szolgáltatás hasznosításának odaítélése – az átláthatóság és a verseny védelme érdekében – a 2004/17 irányelvben előírt eljárási szabályok alkalmazását igényli.

68 Amennyiben a szolgáltatás ellátásával járó kockázatot egyáltalán nem ruházzák át a szolgáltatóra, a szóban forgó ügylet szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződésnek minősül (lásd ebben az értelemben a C-234/03. sz., Contse és társai ügyben 2005. október 27-én hozott ítélet [EBHT 2005., I-9315. o.] 22. pontját és a fent hivatkozott

Bizottság kontra Olaszország ügyben 2007. július 18-án hozott ítélet 35–37. pontját, valamint analógia útján, az építési koncessziót illetően, a fent hivatkozott Bizottság kontra Olaszország ügyben 2008. november 13-án hozott ítélet 30. és 32–35. pontját). Amint a jelen ítélet 51. pontjából is kitűnik, ez utóbbi esetben az ellenszolgáltatás nem a szolgáltatás hasznosításának joga lenne.

69 A feltett kérdések abból az előfeltevésből indulnak ki, hogy az alapügyben érintett szolgáltatás nyújtása jelentősen korlátozott gazdasági kockázatokkal jár még abban az esetben is, ha a szóban forgó szolgáltatást az ajánlatkérő nyújtaná, ami az érintett tevékenységi ágazatra jellemző szabályozás alkalmazásából adódik.

70 Márpedig a Bíróság elé terjesztett bizonyos érvek szerint ahhoz, hogy ilyen körülmények között a szóban forgó ügylet koncessziónak minősüljön, az szükséges, hogy jelentős legyen az a kockázat, amelyet a koncesszióba adó a koncessziós jogosultra hárít.

71 Ezeket az érveket általánosságban el kell utasítani.

72 Gyakori, hogy egyes tevékenységi ágazatokra, különösen a közhasznú tevékenységekhez – így a vízellátáshoz és a szennyvízelvezetéshez – kapcsolódó ágazatokra, olyan szabályozás vonatkozik, amely a felmerülő gazdasági kockázatok korlátozottságát eredményezheti.

73 Egyrészt, a szolgáltatás gazdasági és pénzügyi hasznosításának közjogi kialakítása megkönnyíti e szolgáltatás hasznosításának ellenőrzését, és csökkenti azokat a tényezőket, amelyek alkalmasak lehetnek az átláthatóság megsértésére és a verseny torzítására.

74 Másrészt, a jóhiszeműen eljáró ajánlatkérő szervek számára továbbra is lehetővé kell tenni, hogy a szolgáltatásnyújtásról koncesszió útján gondoskodjanak, ha úgy ítélik meg, hogy az az érintett közszolgáltatásról való gondoskodás legjobb módja, és ezt akkor is megtehessék, ha a hasznosítással járó kockázat jelentősen korlátozott.

75 Egyébként sem lenne ésszerű azt követelni a koncessziót odaítélő közigazgatási szervtől, hogy olyan versenyfeltételeket és gazdasági kockázati körülményeket teremtsen, amelyek nagyobb mértékűek, mint amilyenek az érintett ágazatban a vonatkozó szabályozás miatt egyébként jellemzőek.

76 Ilyen helyzetben az ajánlatkérő szerv, amelynek semmilyen befolyása nincs a szolgáltatás szervezésének közjogi kialakítására, nem tud olyan kockázati tényezőket teremteni és következésképpen ilyeneket áthárítani, amelyeket e közjogi formák kizárnak.

77 Mindenesetre, még ha az ajánlatkérő szerv által viselt kockázat jelentősen korlátozott is, ahhoz hogy szolgáltatási koncesszióról lehessen beszélni, az szükséges, hogy az ajánlatkérő szerv teljes egészében, vagy legalább jelentős részben a koncessziós jogosultra hárítsa az általa viselt működtetési kockázatot.

78 A nemzeti bíróság feladata annak mérlegelése, hogy az ajánlatkérő szerv által viselt kockázat teljes egészének vagy jelentős részének áthárítása megtörtént-e.

79 E célból nem vehetők figyelembe azok az általános kockázatok, amelyek a szerződés teljesítése folyamán a szabályozásban bekövetkező módosításokból erednek.

80 Következésképpen az első és a második kérdésre azt a választ kell adni, hogy az a tény, hogy egy szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés esetében az ajánlatkérő szerv közvetlenül nem fizet díjat a nyertes ajánlattevőnek, hanem a nyertes ajánlattevő harmadik személyektől jogosult díjat szedni, elegendő ahhoz, hogy az ilyen szerződés a 2004/17 irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontja értelmében „szolgáltatási koncessziónak" minősüljön, amennyiben a nyertes ajánlattevő az ajánlatkérő szerv által viselt működtetési kockázatot teljes egészében vagy legalább jelentős részben átvállalja, még akkor is, ha ez a kockázat a szolgáltatás szervezésének közjogi kialakítása miatt kezdettől fogva jelentősen korlátozott.

A harmadik kérdésről

81 Az első és a második kérdésre adott válaszra tekintettel a harmadik kérdést nem szükséges megválaszolni.

A költségekről

82 Mivel ez az eljárás az alapeljárásban részt vevő felek számára a kérdést előterjesztő bíróság előtt folyamatban lévő eljárás egy szakaszát képezi, ez a bíróság dönt a költségekről. Az észrevételeknek a Bíróság elé terjesztésével kapcsolatban felmerült költségek, az említett felek költségeinek kivételével, nem téríthetők meg.

A fenti indokok alapján a Bíróság (harmadik tanács) a következőképpen határozott:

Az a tény, hogy egy szolgáltatásnyújtásra irányuló szerződés esetében az ajánlatkérő szerv közvetlenül nem fizet díjat a nyertes ajánlattevő részére, hanem a nyertes ajánlattevő harmadik személyektől jogosult díjat szedni, elegendő ahhoz, hogy az ilyen szerződés a vízügyi, energiaipari, közlekedési és postai ágazatban működő ajánlatkérők beszerzési eljárásainak összehangolásáról szóló, 2004. március 31-i 2004/17/EK európai parlamenti és tanácsi irányelv 1. cikke (3) bekezdésének b) pontja értelmében „szolgáltatási koncessziónak" minősüljön, amennyiben a nyertes ajánlattevő az ajánlatkérő szerv által viselt működtetési kockázatot teljes egészében vagy legalább jelentős részben átvállalja, még akkor is, ha ez a kockázat a szolgáltatás szervezésének közjogi kialakítása miatt kezdettől fogva jelentősen korlátozott.

Aláírások