WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 10 września 2009 r.*

W sprawie C-206/08

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Thüringer Oberlandesgericht (Niemcy) postanowieniem z dnia 8 maja 2008 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 19 maja 2008 r., w postępowaniu

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

przeciwko

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

przy udziale:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Język postępowania: niemiecki.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas, prezes izby, J.N. Cunha Rodrigues (sprawozdawca), J. Klučka, P. Lindh i A. Arabadjiev, sędziowie,

rzecznik generalny: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 23 kwietnia 2009 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) przez S. Wellmanna oraz P. Hermissona, Rechtsanwälte,

— w imieniu Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH przez U.D. Papego, Rechtsanwalt,

— w imieniu Stadtwirtschaft Gotha GmbH przez E. Glahs, Rechtsanwältin,

— w imieniu Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL) przez S. Gesterkampa oraz S. Siemego, Rechtsanwälte,

— w imieniu rządu niemieckiego przez M. Lummę oraz J. Möllera, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez P. Olivera, D. Kukovca oraz C. Zadrę, działających w charakterze pełnomocników, wspieranych przez B. Wägenbaura, Rechtsanwalt,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni pojęcia „koncesja na usługi" w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.U. L 134, s. 1).

2 Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (związkiem dystrybucji wody i odprowadzania ścieków w mieście Gotha oraz gmin należących do jego obszaru administracyjnego, zwanym dalej „WAZV Gotha") a Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (przedsiębiorstwem oczyszczania i odprowadzania wody, zwanym dalej „Eurawasser") w przedmiocie przyznania publicznej usługi dystrybucji wody pitnej i odprowadzania ścieków.

Ramy prawne

3 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) i d) dyrektywy 2004/17 stanowi:

„2. a) »Zamówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi« oznaczają odpłatne umowy zawarte na piśmie pomiędzy jednym lub wieloma podmiotami zamawiającymi, wymienionymi w art. 2 ust. 2, oraz jednym lub wieloma przedsiębiorcami budowlanymi, dostawcami, lub usługodawcami.

[…]

d) »Zamówienia na usługi« oznaczają zamówienia inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług wymienionych w załączniku XVII.

[…]”.

4 Artykuł 1 ust. 3 lit. b) tej dyrektywy stanowi:

„»Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do korzystania z usług, albo takie prawo wraz z płatnością”.

5 W świetle art. 2 rzeczonej dyrektywy:

„1. Do celów niniejszej dyrektywy,

a) »instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej lub wielu takich jednostek lub z jednego lub wielu podmiotów prawa publicznego.

[…]

2. Niniejsza dyrektywa dotyczy podmiotów zamawiających:

a) będących instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi oraz prowadzących jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 3–7;

[…]”.

6 Artykuł 4 dyrektywy 2004/17 stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa dotyczy następujących rodzajów działalności:

a) dostarczanie lub obsługa stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją wody pitnej; lub

b) dostawy wody pitnej do takich sieci.

2. Niniejsza dyrektywa dotyczy również zamówień lub konkursów, udzielanych lub organizowanych przez podmioty, które wykonują rodzaje działalności wymienione w ust. 1 oraz które:

[…]

b) są związane z odprowadzaniem lub oczyszczaniem ścieków.

[…]”.

7 Artykuł 18 tej dyrektywy stanowi:

„Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do koncesji na roboty budowlane i usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące jedną lub kilka działalności wymienionych w art. 3–7, jeżeli wspomniane koncesje przyznawane są w celu prowadzenia tych działalności”.

8 W świetle art. 31 rzeczonej dyrektywy:

„Zamówienia, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku XVII A, są udzielane zgodnie z przepisami art. 34–59”.

9 Artykuł 32 tejże dyrektywy stanowi:

„Do zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku XVII B, mają zastosowanie wyłącznie przepisy art. 34 i 43”.

10 Zgodnie z art. 71 dyrektywy 2004/17 państwa członkowskie wprowadzają w życie przepisy niezbędne do wykonania dyrektywy nie później niż do dnia 31 stycznia 2006 r.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

11 W świetle akt sprawy WAZV Gotha jest związkiem składającym się z gmin, który na podstawie pewnych przepisów prawa niemieckiego jest zobowiązany do zapewnienia populacji zamieszkującej na objętym jego działalnością obszarze dystrybucji wody pitnej i odprowadzania ścieków.

12 W ramach umowy o prowadzeniu działalności zawartej w roku 1994, WAZV Gotha powierzył Stadtwirtschaft Gotha GmbH (przedsiębiorstwu gminnemu z miasta Gotha, zwanemu dalej „Stadtwirtschaft”) wszystkie działania techniczne, handlowe i administracyjne w dziedzinie dystrybucji wody. Ponieważ umowa ta wygasała w roku 2008, WAZV Gotha przewidywał dopuszczenie Stadtwirtschaft do związku, jako członka, by nadal powierzać mu prowadzenie działalności. Jednakże organy kontrolne, wskazując przepisy w dziedzinie udzielania zamówień publicznych, odmówiły zgody na dopuszczenie Stadtwirtschaft do członkostwa w WAZV Gotha.

13 W celu dalszego powierzania prowadzenia działalności podmiotom trzecim, WAZV Gotha postanowił o powierzeniu usługi dystrybucji wody pitnej i odprowadzania ścieków. Wszczął on we wrześniu 2009 r. nieformalne postępowanie przetargowe zamiast formalnego postępowania w sprawie udzielania zamówień przewidzianego w art. 97 i nast. ustawy o zapobieganiu ograniczeniom konkurencji (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, zwanej dalej „GWB"). WAZV Gotha opublikował jednakże ogłoszenie w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* z dnia 19 września 2007 r. pod numerem 2007/S 180-220518.

14 Ogłoszenie o zamówieniu zapowiadało udzielenie koncesji na usługi dystrybucji wody i odprowadzania ścieków na obszarze objętym działalnością WAZV Gotha, przez okres 20 lat, i wzywało zainteresowane przedsiębiorstwa do przedstawienia swoich kandydatur.

15 Ogłoszenie o zamówieniu i projekt związanej z nim umowy przewidywały, że koncesjonariusz będzie na podstawie umów prawa cywilnego zawartych we własnym imieniu i na własną rzecz świadczył wskazane w nim usługi użytkownikom zamieszkującym na obszarze objętym działalnością WAZV Gotha oraz że będzie pobierać wynagrodzenie od użytkowników.

16 Przewidziano, że koncesjonariusz jest uprawniony do ustalenia w sposób zgodny z zasadą słuszności należnego mu wynagrodzenie za świadczone usługi oraz do określenia na własną odpowiedzialność kwoty tego wynagrodzenia. Uprawnienie to było jednakże ograniczone, gdyż koncesjonariusz musiał do dnia 31 grudnia 2009 r. stosować cenniki obowiązujące w chwili publikacji ogłoszenia o zamówieniu, a cenniki musiały być zgodne z postanowieniami ustawy Land de Thuringe o podatkach gminnych (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 Ogłoszenie o zamówieniu i projekty umów przewidywały też, że urządzenia techniczne do dystrybucji wody i odprowadzania ścieków pozostaną własnością WAZV Gotha oraz że koncesjonariusz będzie je dzierżawił i będzie mógł rozliczać opłatę dzierżawną

w ramach wynagrodzenia otrzymywanego od użytkowników w zamian za świadczone usługi. Obowiązek konserwacji tych urządzeń ciążył na koncesjonariuszu.

18 WAZV Gotha zobowiązał się do stwierdzenia, w drodze zarządzenia, obligatoryjności przyłączenia do publicznych sieci dystrybucji wody i odprowadzania ścieków oraz korzystania z nich. Koncesjonariusz nie mógł jednakże wymagać przestrzegania tego obowiązku w każdym indywidualnym przypadku.

19 Wreszcie WAZV Gotha zobowiązał się do przekazania koncesjonariuszowi otrzymywanych subwencji publicznych, w granicach wyznaczonych prawem.

20 Przewidziany w ogłoszeniu o zamówieniu termin na składanie wniosków o dopuszczenie do udziału upływał w dniu 8 października 2007 r. Pismem z dnia 4 października 2007 r. Eurawasser wytknął WAZV Gotha zamiar powierzenia wspomnianych usług poprzez koncesję na usługi zamiast w trybie formalnego przetargu na zamówienie publiczne na usługi.

21 Eurawasser złożył wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w dniu 8 października 2007 r. Stadtwirtschaft i Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (przedsiębiorstwo międzygminnego związku zarządzające wodą w regionie Lausitz, zwane dalej „WAL") również przystąpiły do postępowania przetargowego i zostały zaproszone przez WAZV Gotha do złożenia oferty. Z upływem terminu wskazanego w ogłoszeniu o zamówieniu, złożono ogółem osiem wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

22 WAZV Gotha oddalił zażalenie Eurawasser złożone pismem z dnia 9 października 2007 r. Złożywszy bez skutku kolejne zażalenia w dniu 19 października i 23 listopada 2007 r., Eurawasser przedstawił skargę do właściwego Vergabekammer (sądu ds. zamówień publicznych), wskazując, że WAZV Gotha nie zastosował właściwej procedury udzielenia zamówienia.

23 Wyrokiem z dnia 24 stycznia 2008 r. Vergabekammer uznał, że rozpatrywane działania istotnie stanowiły zamówienie na usługi, że WAZV Gotha powinien był zastosować formalne postępowanie w sprawie udzielania zamówienia oraz że postępowanie należało przywrócić do stanu sprzed ogłoszenia o zamówieniu.

24 WAZV Gotha odwołał się od tego wyroku do Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft i WAL zostały dopuszczone do tego postępowania jako interwenienci.

26 W tych okolicznościach Thüringer Oberlandesgericht postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy umowę dotyczącą usług (w niniejszym przypadku usług z zakresu gospodarki wodno-ściekowej), z treści której nie wynika, że instytucja zamawiająca wypłacała wynagrodzenie bezpośrednio dostawcy, lecz że dostawca ten ma prawo pobierania opłat prywatnoprawnych od osób trzecich, należy z tej tylko przyczyny uznać za »koncesję na usługi« w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy [2004/17], w odróżnieniu od odpłatnego zamówienia na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) i d) dyrektywy?

2) W przypadku udzielenia na pierwsze pytanie prejudycjalne odpowiedzi przeczącej: czy umowy tego rodzaju, który opisano w pierwszym pytaniu, można uznać za koncesje na usługi, gdy na podstawie publicznoprawnego uregulowania przedmiotowej usługi (nałożenie obowiązku przyłączenia i korzystania; kalkulacja cen według zasady pokrycia poniesionych kosztów) ryzyko powiązane z prowadzeniem działalności jest wprawdzie od samego początku, a zatem także wtedy, gdy instytucja zamawiająca sama świadczyłaby usługę, znacznie ograniczone, jednakże ponosi je całkowicie lub przynajmniej w przeważającym stopniu dostawca?

3) W przypadku udzielenia odpowiedzi przeczącej również na drugie pytanie prejudycjalne: czy wykładni art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy [2004/17] należy dokonywać w ten sposób, że ryzyko powiązane ze świadczeniem usługi, w szczególności ryzyko handlowe, musi jakościowo niemal odpowiadać ryzyku występującemu zwykle w warunkach wolnego rynku, na którym prowadzi działalność wielu konkurencyjnych dostawców?".

W przedmiocie dopuszczalności

27 WAZV Gotha podnosi, że wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie jest dopuszczalny z tego względu, że odpowiedź na pierwsze pytanie jasno wynika z definicji koncesji na usługi zawartej w art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17 oraz orzecznictwa Trybunału. Nie ma zatem potrzeby dokonywania wnioskowanej wykładni. WAL przedstawia podobne argumenty.

28 Stadtwirtschaft twierdzi, że pytania prejudycjalne są bez znaczenia dla celów rozstrzygnięcia, którego ma dokonać sąd krajowy, jako że spór przed nim może zostać rozstrzygnięty bez odpowiadania na te pytania. WAZV Gotha przeprowadził prawidłowe postępowanie, nawet gdyby rozpatrywane w postępowaniu przed sądem krajowym umowy należało uznać za zamówienia na usługi objęte zakresem stosowania dyrektywy 2004/17.

29 Natomiast Komisja Wspólnot Europejskich uważa, że wniosek o wydanie pytania prejudycjalnego jest dopuszczalny. Jak wynika z postanowienia odsyłającego, sąd krajowy uważa, że pytania prejudycjalne dotyczące rozróżnienia pomiędzy pojęciami zamówienia na usługi i koncesji na usługi są niezbędne dla orzeczenia w przedmiocie dopuszczalności przedstawionego mu odwołania.

30 Po przedstawieniu pytania prejudycjalnego WAZV Gotha postanowił w dniu 4 września 2008 r. unieważnić postępowanie przetargowe będące przedmiotem sporu przed sądem krajowym.

31 W następstwie tej decyzji Eurawasser zmienił swą skargę, nie wycofując jej. Eurawasser wnosi obecnie o wydanie decyzji stwierdzającej, że wskutek unieważnionego postępowania naruszono jego uprawnienia wynikające z reguł udzielania zamówień zapisanych w § 97 i nast. GWB.

32 Pismem z dnia 24 grudnia 2008 r. sąd krajowy poinformował Trybunał, że podtrzymuje swój wniosek o udzielenie odpowiedzi na pytania prejudycjalne. Jego zdaniem bowiem, dla rozstrzygnięcia w kwestii zmienionej skargi, niezbędne jest uzyskanie odpowiedzi na przedstawione pytania, choćby dlatego, że koncesje na usługi pozostają poza zakresem stosowania § 97 i nast. GWB, a w konsekwencji zmiana skargi w postępowaniu przed sądem krajowym pozostaje bez wpływu na okoliczność, że wystąpienie do właściwych władz z wnioskiem o weryfikację prawidłowości postępowań w zakresie zamówień publicznych, tj. do Vergabekammer i Vergabesenat, byłoby niedopuszczalne w przypadku, gdyby umowa rozpatrywana przed sądem krajowym została uznana za koncesję na usługi.

33 W tym zakresie należy przypomnieć, że Trybunał orzekł, iż w ramach ustanowionej na mocy art. 234 WE współpracy pomiędzy nim a sądami krajowymi, wyłącznie do sądu krajowego, przed którym toczy się spór i który wobec tego musi przyjąć na siebie odpowiedzialność za wydane orzeczenie, należy ocena, w świetle konkretnych okoliczności sprawy, zarówno potrzeby orzeczenia prejudycjalnego dla wydania wyroku, jak i istotnego charakteru pytań skierowanych do Trybunału. W związku z tym, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia (zob. w szczególności wyrok z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie C-544/07 Rüffler, Zb.Orz. s. I-3389, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo.

34 Jednakże Trybunał orzekł również, że w szczególnych okolicznościach, w celu zweryfikowania swojej własnej kompetencji, to do niego należy zbadanie okoliczności,

w jakich sąd krajowy kieruje do niego wniosek. Odmowa udzielenia odpowiedzi na pytanie prejudycjalne postawione przez sąd krajowy jest możliwa jedynie wówczas, gdy żądana wykładnia prawa wspólnotowego w sposób oczywisty nie ma żadnego związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem sporu toczącego się przed sądem krajowym lub też gdy problem ma charakter hipotetyczny albo gdy Trybunał nie posiada wystarczającej wiedzy na temat okoliczności faktycznych i prawnych, aby odpowiedzieć na postawione mu pytania w użyteczny sposób (zob. w szczególności ww. wyrok w sprawie Rüffler, pkt 37, 38 i przytoczone tam orzecznictwo).

35 W swym postanowieniu odsyłającym oraz w swym piśmie z dnia 24 grudnia 2008 r. sąd odsyłający wyraźnie wyjaśnił względy, dla których uznał, że przedstawione przezeń pytania są istotne, a odpowiedź na nie jest niezbędna dla rozstrzygnięcia przedstawionego mu sporu. W świetle tych wyjaśnień pytania te nie wydają się hipotetyczne czy pozbawione związku z przedmiotem sporu przed sądem krajowym.

36 Przedstawione pytania są zatem dopuszczalne.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

Uwagi wstępne

37 Tytułem wstępu należy wskazać, że w świetle okoliczności wynikających z akt, WAZV Gotha jest objęta definicją instytucji zamawiającej zawartą w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17, przy czym rzeczona instytucja zamawiająca jest jedną z kategorii podmiotów zamawiających, do których dyrektywa ta ma zastosowanie na mocy art. 2 ust. 2 lit. a).

38 Ponadto spór przed sądem krajowym jest objęty dyrektywą 2004/17, zgodnie z art. 4 tej ostatniej, w zakresie w jakim dana instytucja zamawiająca, tj. WAZV Gotha wykonuje działalność w dziedzinie zaopatrzenia w wodę pitną i odprowadzania ścieków.

39 Dyrektywa nr 2004/17 ma zastosowanie ratione temporis do sporu przed sądem krajowym, jako że termin na jej transpozycję wskazany w art. 71 upłynął w dniu 31 stycznia 2006 r., podczas gdy rozpatrywane przed sądem krajowym postępowanie przetargowe zostało wszczęte we wrześniu 2007 r.

40 Należy przypomnieć, że definicja koncesji na usługi została wprowadzona w ustawodawstwie wspólnotowym w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/17. Nie występowała ona w poprzednich dyrektywach w tej dziedzinie, w szczególności w dyrektywie Rady 93/38/EWG z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 199, s. 84).

41 W art. 18 dyrektywy 2004/17 prawodawca wspólnotowy wskazał, że dyrektywa ta nie ma zastosowania do koncesji na usługi, które są udzielane przez podmioty zamawiające prowadzące działalność w sektorze gospodarki wodnej.

42 Ponadto należy przypomnieć, że co się tyczy zakresu jej stosowania, dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114) zawiera w art. 1 ust. 2 lit. a) i art. 1 ust. 4 definicje „zamówienia publicznego" i „koncesji na usługi" podobne do odpowiadających im definicji zawartych w art. 1 ust. 2 lit. a) i ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17.

43 Podobieństwo to wymaga, by te same rozważania zastosować w celu dokonania wykładni pojęć zamówienia na usługi i koncesji usług w zakresach zastosowania obu wspomnianych dyrektyw.

44 Wynika z tego, że jeśli czynność rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym zostanie uznana za „zamówienie na usługi" w rozumieniu dyrektywy 2004/17, zamówienia tego co do zasady należy udzielić zgodnie z procedurami przewidzianymi w art. 31 i 32 dyrektywy. Natomiast jeśli czynność ta zostanie uznana za koncesję na usługi, rzeczona dyrektywa na mocy art. 18 nie podlega stosowaniu. W tym wypadku przyznanie koncesji podlega podstawowym regułom traktatu WE, a w szczególności zasadzie równości traktowania i niedyskryminacji ze względu na narodowość oraz wynikającemu z nich w szczególności obowiązkowi przejrzystości (zob. podobnie wyroki: z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 60–62; z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. s. I-7287, pkt 16–19; z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen, Zb.Orz. s. I-8585, pkt 46–49; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-324/07 Coditel Brabant, Zb.Orz. s. I-8457, pkt 25).

45 To w tym kontekście sąd krajowy dąży do doprecyzowania kryteriów pozwalających na ustalenie różnicy pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi.

W przedmiocie pytań pierwszego i drugiego

46 Swym pierwszym i drugim pytaniem, które należy zbadać łącznie, sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy w przypadku umowy dotyczącej usług okoliczność, że kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od instytucji zamawiającej, lecz uprawniony jest do pobierania wynagrodzenia wynikającego z przepisów prawa prywatnego od osób trzecich, wystarcza, sama w sobie, by rozpatrywana umowa została uznana za koncesję na usługi w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17. W przypadku odpowiedzi przeczącej na to pytanie sąd krajowy zapytuje, czy umowa taka może zostać uznana za koncesję na usługi, gdy kontrahent przejmuje całość lub znaczną część ryzyka instytucji zamawiającej w zakresie podlegającej jej

działalności, nawet jeśli ryzyko to jest bardzo ograniczone ze względu na uregulowania prawa publicznego w zakresie organizacji usługi.

47 Opowiadając się za twierdzącą odpowiedzią na pierwsze pytanie, WAZV Gotha, Stadtwirtschaft i WAL oraz rządy Niemiec i Czech twierdzą, że okoliczność, iż kontrahent otrzymuje wynagrodzenie od użytkowników omawianej usługi, wystarcza, by nadać jej charakter koncesji na usługi.

48 Natomiast Eurawasser i Komisja uważają, że konieczne jest ponadto, by kontrahent podjął ryzyko gospodarcze wykonywania omawianej usługi.

49 Należy stwierdzić w tym zakresie, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/17 stanowi, że „[z]amówienia na dostawy, roboty budowlane i usługi" oznaczają odpłatne umowy zawarte na piśmie pomiędzy jednym podmiotem zamawiającym lub wieloma takimi podmiotami wymienionymi w art. 2 ust. 2 tej dyrektywy a jednym lub wieloma przedsiębiorcami, dostawcami lub usługodawcami.

50 W świetle art. 1 ust. 3 lit. b) rzeczonej dyrektywy „koncesja na usługi" oznacza umowę tego samego rodzaju jak zamówienie na usługi, z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług obejmuje wyłącznie prawo do gospodarczego wykorzystania usługi, albo takie prawo wraz z ceną.

51 Z porównania tych dwóch definicji wynika, że różnica pomiędzy zamówieniem na usługi a koncesją na usługi polega na wynagrodzeniu za świadczenie usług. Zamówienie na usługi zawiera wynagrodzenie, które jest płacone bezpośrednio usługodawcy przez instytucję zamawiającą (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 39), podczas gdy w przypadku koncesji na usługi wynagrodzenie za świadczenie usług polega na prawie do gospodarczego wykorzystania usługi, bądź jako takim, bądź ze wskazaną ceną.

52 Przedstawione pytania oparte są wyraźnie na okoliczności, że omawiana umowa przewiduje, iż kontrahent nie jest wynagradzany bezpośrednio przez instytucję zamawiającą, lecz wynagrodzeniem przewidzianym przez prawo prywatne, na pobranie którego od osób trzecich zezwala instytucja zamawiająca.

53 W świetle kryterium wskazanego w art. 51 niniejszego wyroku okoliczność, że usługodawca jest wynagradzany kwotami pochodzącymi od osób trzecich, w tym przypadku od użytkowników danej usługi, jest jedną z postaci, które może przybrać wykonywanie przyznanego usługodawcy prawa do gospodarczego wykorzystania usługi.

54 Kryterium to wynikało już z orzecznictwa Trybunału poprzedzającego wejście w życie dyrektywy 2004/17. W świetle tego orzecznictwa, o koncesji na usługi można było mówić, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opierał się na prawie usługodawcy do gospodarczego wykorzystania jego usług (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Telaustria i Telefonadress, pkt 58; postanowienie z dnia 30 maja 2002 r. w sprawie C-358/00 Buchhändler-Vereinigung, Rec. s. I-4685, pkt 27, 28; z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-6657, pkt 34; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie C-437/07 Komisja przeciwko Włochom, pkt 29).

55 Jest bez znaczenia w tym zakresie, czy wynagrodzenie podlega prawu prywatnemu, czy publicznemu.

56 Trybunał przyznał istnienie koncesji na usługi, między innymi w przypadku, gdy wynagrodzenie usługodawcy pochodzi z płatności dokonywanych przez użytkowników parkingów publicznych, usług transportu publicznego i sieci teledystrybucji (zob. ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 40; z dnia 6 kwietnia 2006 r. w sprawie C-410/04 ANAV, Zb.Orz. s. I-3303, pkt 16; ww. wyrok w sprawie Coditel Brabant, pkt 24).

57 Wynika z tego, że w przypadku umowy dotyczącej usług okoliczność, że kontrahent nie jest bezpośrednio wynagradzany przez instytucję zamawiającą, lecz ma prawo do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, spełnia wymogi wynagrodzenia, o którym mowa w art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17.

58 Wniosek ten wymaga jednakże sprecyzowania pojęć „prawo do korzystania" oraz „wynagrodzenie za świadczenie" zawartych w tym przepisie.

59 Z orzecznictwa Trybunału wynika, że gdy umówiony sposób wynagradzania polega na uprawnieniu usługodawcy do gospodarczego wykorzystania jego własnego świadczenia, ów sposób wynagradzania powoduje, że usługodawca przejmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem rzeczonej usługi (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Parking Brixen, pkt 40; wyroki: z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 34; z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 29).

60 W tym zakresie zainteresowani po przedstawieniu swych uwag zajęli tytułem głównym lub subsydiarnym odmienne stanowiska.

61 WAZV Gotha twierdzi, że okoliczność, iż kontrahent przyjmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem, w okolicznościach sprawy przed sądem krajowym, wystarcza dla scharakteryzowania koncesji na usługi.

62 Zdaniem Stadtwirtschaft, WAL i rządu czeskiego, kontrahent nie jest zobowiązany do przejęcia całego ryzyka. Wystarcza, by przejął jego większą część.

63 Niemiecki związek uważa, że koncesja na usługi występuje, gdy kontrahent przyjmuje ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem, które nie jest całkowicie nieznaczne.

64 Eurawasser uważa, że w przypadku czynności będącej przedmiotem sporu przed sądem krajowym brak jest znacznego ryzyka, które mogłoby zostać przeniesione na kontrahenta przez instytucję zamawiającą. Należy ją zatem uznać za zamówienie, a nie koncesję.

65 Komisja wskazuje, że powinno występować istotne ryzyko, które nie musi jednakże odpowiadać gospodarczemu ryzyku ponoszonemu zwykle na wolnym rynku. Zamówienie na usługi, którego ryzyko gospodarcze jest zredukowane do minimum przez władze publiczne, nie może być uznane za koncesję na usługi.

66 W tym zakresie należy stwierdzić, że ryzyko jest nieodłącznie związane z gospodarczym wykorzystaniem usługi.

67 Jeśli instytucja zamawiająca nadal ponosi całe ryzyko, nie narażając usługodawcy na niebezpieczeństwa rynku, umożliwienie gospodarczego wykorzystania usługi wymaga stosowania formalności przewidzianych w dyrektywie nr 2004/17 w celu ochrony przejrzystości i konkurencji.

68 W razie całkowitego braku przeniesienia na usługodawcę ryzyka związanego ze świadczeniem usługi, omawiana czynność stanowi zamówienie na usługi (zob. podobnie wyrok z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse i in., Zb.Orz. s. I-9315, pkt 22; ww. wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie Komisja przeciwko Włochom, pkt 35–37; a także analogicznie, co się tyczy koncesji na roboty budowlane, ww. wyrok z dnia 13 listopada 2008 r. w sprawie Komisja przeciwko

Włochom, pkt 30, 32–35). Zatem jak wskazano w pkt 51 niniejszego wyroku, w tym ostatnim przypadku wynagrodzenie nie polega na uprawnieniu do gospodarczego wykorzystania usługi.

69 Przedstawione pytania opierają się na założeniu, że z rozpatrywaną w postępowaniu przed sądem krajowym dostawą usług wiąże się bardzo ograniczone ryzyko gospodarcze, również w przypadku, gdy usługa ta byłaby świadczona przez instytucję zamawiającą z powodu zastosowania uregulowań właściwych dla danego sektora działalności.

70 Tymczasem w świetle pewnych argumentów przedstawionych Trybunałowi, by w takich okolicznościach omawiana czynność stanowiła koncesję, ryzyko przenoszone przez instytucję na koncesjonariusza powinno być istotne.

71 Argumenty te nie mogą zostać w sposób bezwarunkowy uwzględnione.

72 Jak wiadomo, pewne sektory działalności, w szczególności sektor użyteczności publicznej, taki jak dystrybucja wody i odprowadzanie ścieków, jest przedmiotem reglamentacji mogącej prowadzić do ograniczenia ponoszonego ryzyka gospodarczego.

73 Po pierwsze, przepisy prawa publicznego, którym poddane jest gospodarcze i finansowe wykorzystanie usługi, ułatwiają kontrolę jej prowadzenia i redukują czynniki mogące naruszyć przejrzystość lub zniekształcić konkurencję.

74 Po drugie, należy umożliwić instytucjom zamawiającym, działającym w dobrej wierze, zapewnienie dostawy usług przy pomocy koncesji, jeśli instytucje te uznają, że jest to najlepszy sposób zagwarantowania danych usług publicznych i to również, gdy ryzyko związane z gospodarczym wykorzystaniem usług jest bardzo ograniczone.

75 Nie byłoby ponadto rozsądne żądanie od zlecającej administracji publicznej stworzenia warunków konkurencji i ryzyka gospodarczego na wyższym poziomie niż występujące w tym sektorze ze względu na uregulowania mające do niego zastosowanie.

76 W takich okolicznościach, ponieważ instytucja zamawiająca nie ma żadnego wpływu na przepisy prawa publicznego mające zastosowanie do organizacji usługi, niemożliwe jest, by wprowadziła ona, a zatem i przeniosła, czynniki ryzyka, które są wyłączone przez te przepisy.

77 W każdym razie, nawet jeśli ryzyko ponoszone przez instytucję zamawiającą jest bardzo ograniczone, w celu stwierdzenia istnienia koncesji na usługi niezbędne jest, by instytucja zamawiająca przeniosła na koncesjonariusza całość lub znaczną część ponoszonego przez siebie ryzyka prowadzenia tej działalności.

78 Do sądu krajowego należy ocena, czy miało miejsce przeniesienie całości lub znacznej części ryzyka ponoszonego przez instytucję zamawiającą.

79 W tym celu nie należy uwzględniać ogólnego ryzyka związanego ze zmianą przepisów w toku wykonania umowy.

80 Zatem na pierwsze i drugie pytanie należy odpowiedzieć w ten sposób, że okoliczność, iż w ramach umowy dotyczącej usług kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od instytucji zamawiającej, lecz uprawniony jest do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, wystarcza, by rozpatrywana umowa została uznana za „koncesję na usługi" w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17, gdy kontrahent przejmuje całość lub znaczną część ryzyka instytucji zamawiającej w zakresie podlegającej jej działalności, nawet jeśli ryzyko to jest bardzo ograniczone ze względu na uregulowania prawa publicznego w zakresie organizacji usługi.

W przedmiocie pytania trzeciego

81 Z uwagi na odpowiedź udzieloną na pierwsze i drugie pytanie nie ma konieczności udzielania odpowiedzi na pytanie trzecie.

W przedmiocie kosztów

82 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

Okoliczność, że w ramach umowy dotyczącej usług kontrahent nie otrzymuje wynagrodzenia bezpośrednio od instytucji zamawiającej, lecz uprawniony jest do pobierania wynagrodzenia od osób trzecich, wystarcza, by rozpatrywana umowa została uznana za „koncesję na usługi" w rozumieniu art. 1 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, gdy kontrahent przejmuje całość lub znaczną część ryzyka instytucji zamawiającej w zakresie podlegającej jej działalności, nawet jeśli ryzyko to jest bardzo ograniczone ze względu na uregulowania prawa publicznego w zakresie organizacji usługi.

Podpisy