ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (tretia komora)

z 10. septembra 2009 *

Vo veci C-206/08,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podaný rozhodnutím Thüringer Oberlandesgericht (Nemecko) z 8. mája 2008 a doručený Súdnemu dvoru 19. mája 2008, ktorý súvisí s konaním:

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

proti

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

za účasti:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Jazyk konania: nemčina.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

SÚDNY DVOR (tretia komora),

v zložení: predseda tretej komory A. Rosas, sudcovia J. N. Cunha Rodrigues (spravodajca), J. Klučka, P. Lindh a A. Arabadjiev,

generálny advokát: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
tajomník: C. Strömholm, referentka,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 23. apríla 2009,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), v zastúpení: S. Wellmann a P. Hermisson, Rechtsanwälte,

— Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, v zastúpení: U.-D. Pape, Rechtsanwalt,

— Stadtwirtschaft Gotha GmbH, v zastúpení: E. Glahs, Rechtsanwältin,

— Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), v zastúpení: S. Gesterkamp a S. Sieme, Rechtsanwälte,

— nemecká vláda, v zastúpení: M. Lumma a J. Möller, splnomocnení zástupcovia,

— česká vláda, v zastúpení: M. Smolek, splnomocnený zástupca,

— Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: P. Oliver, D. Kukovec a C. Zadra, splnomocnení zástupcovia, za právnej pomoci B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

so zreteľom na rozhodnutie prijaté po vypočutí generálneho advokáta, že vec bude prejednaná bez jeho návrhov,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu pojmu „koncesie na služby“ v zmysle smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb (Ú. v. ES L 134, s. 1; Mim. vyd. 06/007, s. 19).

2 Tento návrh bol predložený v rámci sporu medzi Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (združenie pre dodávku vody a odtok odpadových vôd mesta Gotha a obcí patriacich do jeho správneho obvodu, ďalej len „WAZV Gotha“) a Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (podnik čistenia a odstraňovania odpadových vôd, ďalej len „Eurawasser“ vo veci zadania verejného poskytovania služieb dodávky pitnej vody a odtoku odpadových vôd.

Právny rámec

3 Článok 1 ods. 2 písm. a) a d) smernice 2004/17 stanovuje:

„2. a) ‚Zákazky na dodávky tovaru, na práce a na služby‘ sa uskutočňujú na základe zmlúv s peňažným plnením uzatvorených písomne medzi jedným alebo viacerými obstarávateľmi uvedenými v článku 2 ods. 2 a jedným alebo viacerými zhotoviteľmi, dodávateľmi alebo poskytovateľmi služieb.

…

d) ‚Zákazky na služby' sú iné zákazky ako zákazky na práce alebo na dodávku tovaru, ktorých predmetom je poskytnutie služieb uvedených v prílohe XVII.

…"

4 Článok 1 ods. 3 písm. b) tejto smernice stanovuje:

„‚Koncesia na služby' je zákazka rovnakého druhu ako zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením."

5 Podľa článku 2 tejto smernice:

„1. Na účely tejto smernice:

a) ‚Verejní obstarávatelia' sú štátne, regionálne alebo miestne orgány, inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, združenia vytvorené jedným alebo niekoľkými takýmito orgánmi alebo jednou alebo viacerými takýmito inštitúciami, ktoré sa spravujú verejným právom.

…

2. Táto smernica sa vzťahuje na obstarávateľov:

a) ktorí sú verejnými obstarávateľmi alebo verejnými podnikmi a ktorí vykonávajú jednu z činností uvedených v článkoch 3 až 7;

…“

6 Článok 4 smernice 2004/17 stanovuje:

„1. Táto smernica sa vzťahuje na tieto činnosti:

a) prevádzkovanie alebo poskytovanie prístupu do stálych sietí určených na poskytovanie služieb verejnosti v súvislosti s výrobou, prepravou alebo distribúciou pitnej vody; alebo

b) zásobovanie takýchto sietí pitnou vodou.

2. Táto smernica sa taktiež uplatňuje na zákazky zadávané alebo súťaže návrhov organizované obstarávateľmi, ktorí vykonávajú činnosť uvedenú v odseku 1, ktoré:

…

b) súvisia so zneškodňovaním alebo čistením odpadových vôd.

…“

7 Článok 18 tejto smernice stanovuje:

„Táto smernica sa nevzťahuje na koncesie na práce a koncesie na služby, ktoré zadávajú obstarávatelia vykonávajúci jednu alebo viac činností uvedených v článkoch 3 až 7, ak sa tieto koncesie zadávajú na vykonávanie takýchto činností.“

8 Podľa článku 31 tejto smernice:

„Zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe XVII A sa zadávajú v súlade s článkami 34 až 59.“

9 Článok 32 tej istej smernice stanovuje:

„Na zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe XVII B, sa vzťahujú len ustanovenia článkov 34 a 43.“

10 Členské štáty v súlade s článkom 71 smernice 2004/17 uvedú do účinnosti právne predpisy potrebné na dosiahnutie súladu s touto smernicou najneskôr do 31. januára 2006.

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

11 Zo spisu vyplýva, že WAZV Gotha je združenie obcí, ktoré musí podľa niektorých ustanovení nemeckého práva zabezpečiť pre obyvateľstvo s bydliskom na jeho území dodávku pitnej vody a odtok odpadových vôd.

12 WAZV Gotha v rámci obstarávacej zmluvy uzavretej v roku 1994 poveril výkonom všetkých technických, obchodných a správnych služieb v oblasti distribúcie vody Stadtwirtschaft Gotha GmbH (komunálny podnik mesta Gotha, ďalej len „Stadtwirtschaft“). Keďže táto zmluva prestala v priebehu roka 2008 platiť, WAZV Gotha mal v úmysle prijať medzi seba za člena Stadtwirtschaft, aby ho mohol poveriť pokračovaním v obstarávaní. Kontrolné orgány však na základe právnych predpisov z tejto oblasti zamietli povoliť prijatie Stadtwirtschaft do WAZV Gotha.

13 WAZV Gotha, aby mohol naďalej poveriť obstarávaním tretiu osobu, sa rozhodol zadať koncesiu na služby zabezpečujúce dodávku pitnej vody a odtok odpadových vôd. Na tieto účely v septembri 2007 uprednostnil vyhlásenie neformálneho verejného obstarávania pred formálnym obstarávaním podľa § 97 a nasl. zákona proti obmedzovaniu hospodárskej súťaže (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, ďalej len „GWB“). WAZV Gotha však 19. decembra 2007 uverejnilo oznámenie v *Úradnom vestníku Európskej únie* pod číslom 2007/S 180-220518.

14 Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania oznamovalo zadanie koncesie na služby zabezpečujúce distribúciu pitnej vody a odtok odpadových vôd na území patriacom do obvodu WAZV Gotha na obdobie 20 rokov a vyzývalo dotknuté podniky na predkladanie svojich prihlášok.

15 Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania a s ním súvisiace návrhy zmluvy stanovovali, že koncesionár bude pre užívateľov s bydliskom na území v obvode WAZV Gotha poskytovať uvedené služby na základe súkromnoprávnych zmlúv uzatvorených vo svojom vlastnom mene a na svoj vlastný účet a že ako odmenu bude od týchto užívateľov vyberať poplatky.

16 Bolo stanovené, že koncesionár musí sám spravodlivo vypočítať príslušné poplatky za poskytnuté služby a na základe vlastnej zodpovednosti určiť ich výšku. Táto právomoc však bola obmedzená, keďže koncesionár musí do 31. decembra 2009 uplatňovať poplatky platné v čase zverejnenia oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania a následne musí určiť ceny v súlade s ustanoveniami zákona spolkovej krajiny Durínsko o miestnych poplatkoch (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 Oznámenie o vyhlásení verejného obstarávania a návrhy zmluvy tiež stanovovali, že technické zariadenia na dodávku vody a odtok odpadových vôd zostávajú vo vlastníctve

WAZV Gotha a že budú v prenájme koncesionára, ktorý si môže výšku príslušného nájmu zohľadniť v poplatkoch vyberaných od užívateľov ako odmenu za poskytované služby. Údržba týchto zariadení je povinnosťou koncesionára.

18 WAZV Gotha sa prostredníctvom nariadenia zaviazal vyhlásiť za povinné pripojenie sa na verejné siete dodávky vody a odtoku odpadových vôd a ich využívanie. Koncesionár však nemôže žiadať, aby sa táto povinnosť dodržala v každom individuálnom prípade.

19 Nakoniec WAZV Gotha sa zaviazal postúpiť ním prijaté verejnoprávne príspevky v rámci zákonných možností na koncesionára.

20 Lehota na predkladanie prihlášok bola v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania stanovená na 8. októbra 2007. Listom zo 4. októbra 2007 Eurawasser oznámilo úradom úmysel WAZV Gotha zadať uvedené služby nie v rámci formálneho postupu verejného obstarávania na účely verejného obstarávania služieb, ale na základe koncesie na služby.

21 Eurawasser predložil prihlášku 8. októbra 2007. Stadtwirtschaft a Wasserverband Lausitz Betriebsführung GmbH (správcovská spoločnosť podliehajúca medziobecnému združeniu vôd kraja Lausitz, ďalej len „WAL“) sa tiež zúčastnili verejného obstarávania a WAZV Gotha ich vyzval, aby predložili svoju ponuku. Po uplynutí lehoty stanovenej v oznámení o vyhlásení verejného obstarávania bolo predložených celkovo osem prihlášok.

22 WAZV Gotha listom z 9. októbra 2007 zamietol sťažnosť Eurawasser. Po tom, čo Eurawasser neúspešne 19. októbra a 23. novembra 2007 podal ďalšie sťažnosti, podal žalobu na príslušný Vergabekammer (senát pre verejné obstarávanie) z dôvodu, že WAZV Gotha nezvolil vhodný postup verejného obstarávania.

23 Vergabekammer rozhodnutím z 24. januára 2008 usúdil, že dotknutá činnosť je skutočne verejným obstarávaním služieb, že WAZV Gotha mal zvoliť formálny postup verejného obstarávania a že je potrebné vrátiť konanie do stavu pred zverejnením oznámenia o vyhlásení verejného obstarávania.

24 WAZV Gotha sa proti tomuto rozhodnutiu odvolal na Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft a WAL bolo umožnené, aby vstúpili do konania ako vedľajší účastníci.

26 Za týchto podmienok Thüringer Oberlandesgericht rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Má sa zmluva o poskytnutí služieb (v tomto prípade služieb dodávky vody a odtoku odpadových vôd) považovať za ‚koncesiu na služby' v zmysle článku 1 ods. 3 písm. b) smernice [2004/17] — na rozdiel od odplatnej zmluvy na služby v zmysle článku 1 ods. 2 písm. a) a d) smernice — len z dôvodu, že nestanovuje priame odmeňovanie zmluvného partnera verejným obstarávateľom, ale podľa ktorej má zmluvný partner právo vyberať peňažné plnenie na súkromnoprávnom základe od tretích osôb?

2. V prípade zápornej odpovede na prvú otázku, ide v prípade zmlúv uvedených v prvej otázke o koncesiu na služby, keď je riziko prevádzky spojené s predmetnou službou na základe foriem jej verejnoprávneho fungovania (povinnosť pripojenia sa a užívania; cenová kalkulácia podľa zásady pokrytia nákladov) od počiatku podstatne obmedzené, teda aj v prípade, ak verejný obstarávateľ poskytne plnenie sám, ale zmluvný partner toto obmedzené riziko preberie v plnom alebo aspoň prevažnom rozsahu?

3. V prípade zápornej odpovede na druhú otázku: Má sa článok 1 ods. 3 písm. b) smernice [2004/17] vykladať v tom zmysle, že riziko prevádzky spojenej s poskytnutím plnenia, najmä hospodárske riziko, musí byť kvalitatívne podobné tomu, aké obvykle existuje za podmienok voľného trhu s viacerými konkurujúcimi poskytovateľmi?“

O prípustnosti

27 WAZV Gotha tvrdí, že návrh na začatie prejudiciálneho konania je neprípustný z dôvodu, že odpoveď na prvú otázku jasne vyplýva z definície koncesie na služby uvedenej v článku 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17, ako aj z judikatúry Súdneho dvora. Žiadaný výklad preto nie je potrebný. WAL uvádza v podstate podobné tvrdenia.

28 Stadtwirtschaft tvrdí, že prejudiciálne otázky nie sú potrebné pre rozhodnutie vnútroštátneho súdu, keďže spor vo veci samej možno rozhodnúť bez toho, aby bolo na tieto otázky odpovedané. WAZV Gotha totiž uskutočnilo verejné obstarávanie riadnym spôsob, aj keď sa zdá, že dotknuté zmluvy vo veci samej treba kvalifikovať ako zákazky na služby patriace do pôsobnosti smernice 2004/17.

29 Komisia Európskych spoločenstiev sa naopak domnieva, že návrh na začatie prejudiciálneho konania je prípustný. Ako vyplýva z rozhodnutia vnútroštátneho súdu, vnútroštátny súd sa domnieva, že prejudiciálne otázky týkajúce sa rozdielu medzi pojmami zákazky na služby a koncesie na služby sú nevyhnutné na to, aby rozhodol o prípustnosti odvolania, o ktorom rozhoduje.

30 WAZV Gotha rozhodol po podaní návrhu na začatie prejudiciálneho konania 4. septembra 2008 zrušiť verejné obstarávanie, ktoré bolo predmetom sporu vo veci samej.

31 V nadväznosti na toto zrušenie Eurawasser zmenil svoju žalobu bez toho, aby ju vzal späť. Eurawasser navrhuje, aby bolo vydané rozhodnutie, ktoré určí, že zrušeným postupom boli porušené jeho práva na rešpektovanie pravidiel verejného obstarávania, ktoré mu vyplývajú z § 97 a nasl. GWB.

32 Vnútroštátny súd listom z 24. decembra 2008 informoval Súdny dvor, že zotrváva na návrhu na začatie prejudiciálneho konania. Domnieva sa totiž, že je potrebné odpovedať na položené otázky, aby mohol rozhodnúť o upravenej žalobe, lebo koncesie na služby nespadajú do rozsahu pôsobnosti § 97 a nasl. GWB, a zmena žaloby vo veci samej preto nemá žiaden vplyv na skutočnosť, že požiadanie príslušných inštitúcii, a to Vergabekammer a Vergabesenat, o preskúmanie rešpektovania postupov verejného obstarávania, je neprípustné za predpokladu, že predmetná zmluva vo veci samej má byť kvalifikovaná ako koncesia na služby.

33 V tejto súvislosti Súdny dvor rozhodol, že v rámci spolupráce medzi Súdnym dvorom a vnútroštátnymi súdmi stanovenej článkom 234 ES prislúcha výlučne vnútroštátnemu súdu, ktorý vec prejednáva a ktorý musí prevziať zodpovednosť za rozhodnutie sporu, aby s prihliadnutím na osobitosti konkrétneho prípadu posúdil potrebu prejudiciálneho rozhodnutia na vydanie svojho rozhodnutia, ako aj relevantnosť otázok položených Súdnemu dvoru. Preto pokiaľ sa položené otázky týkajú výkladu práva Spoločenstva, Súdny dvor je v zásade povinný rozhodnúť (pozri najmä rozsudok z 23. apríla 2009, Rüffler, C-544/07, Zb. s. I-3389, bod 36 a tam citovanú judikatúru).

34 Súdny dvor zároveň rozhodol, že za výnimočných okolností mu prináleží preskúmať podmienky, za akých sa vnútroštátny súd naň obrátil s cieľom preveriť svoju vlastnú

právomoc. Odmietnuť rozhodnúť o prejudiciálnej otázke, ktorú položil vnútroštátny súd, možno len vtedy, ak je zjavné, že požadovaný výklad práva Spoločenstva nijako nesúvisí s existenciou alebo predmetom sporu vo veci samej, ak ide o problém hypotetickej povahy, alebo tiež vtedy, ak Súdny dvor nemá k dispozícii skutkové a právne podklady nevyhnutné na užitočné zodpovedanie otázok, ktoré sú mu položené (pozri najmä rozsudok Rüffler, už citovaný, body 37 a 38, ako aj citovanú judikatúru).

35 Vnútroštátny súd vo svojom rozhodnutí, ako aj v liste z 24. decembra 2008 jasne vysvetlil dôvody, pre ktoré sa domnieva, že otázky, ktoré položil, sú relevantné a že odpoveď na tieto otázky je nevyhnutná na rozhodnutie v spore, o ktorom rozhoduje. Vzhľadom na tieto vysvetlenia sa položené otázky nezdajú byť hypotetické alebo nesúvisiace s predmetom sporu vo veci samej.

36 Položené otázky sú teda prípustné.

O prejudiciálnych otázkach

Úvodné pripomienky

37 Treba najprv spresniť, že podľa skutočností uvedených v spise, sa na WAZV Gotha vzťahuje definícia verejného obstarávateľa uvedená v článku 2 ods. 1 písm. a) smernice 2004/17, pretože tento verejný obstarávateľ je jedným z kategórie verejných obstarávateľov, na ktorých sa táto smernica podľa jej článku 2 ods. 2 písm. a) uplatňuje.

38 Na vec samu sa navyše vzťahuje smernica 2004/17 v súlade s jej článkom 4, pretože dotknutý verejný obstarávateľ, a to WAZV Gotha, vykonáva činnosť v oblasti zásobovania pitnou vodou a odtoku odpadových vôd.

39 Smernica 2004/17 sa na spor vo veci samej uplatňuje *ratione temporis*, pretože lehota stanovená v článku 71 tejto smernice na jej prebratie uplynula 31. januára 2006 a predmetné verejné obstarávanie vo veci samej bolo vyhlásené v priebehu septembra 2007.

40 Je potrebné pripomenúť, že definícia koncesie na služby bola do legislatívy Spoločenstva zahrnutá článkom 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/17. Táto definícia sa nenachádzala v predchádzajúcich smerniciach z tejto oblasti, osobitne v smernici Rady 93/38/EHS zo 14. júna 1993 o koordinácii postupov verejného obstarávania subjektov pôsobiacich vo vodnom, energetickom, dopravnom a telekomunikačnom sektore (Ú. v. ES L 199, s. 84; Mim. vyd. 06/002, s. 194).

41 V článku 18 smernice 2004/17 normotvorca Spoločenstva spresnil, že táto smernica sa nevzťahuje na koncesie na služby, ktoré zadávajú obstarávatelia vykonávajúci činnosti v odvetví vodného hospodárstva.

42 Okrem toho je potrebné pripomenúť, že čo sa týka jej vlastnej oblasti uplatnenia, smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132) vo svojom článku 1 ods. 2 písm. a) a v článku 1 ods. 4 obsahuje definíciu „verejnej zákazky“ a „verejnej koncesie na služby“, ktoré sú v podstate podobné príslušným definíciám uvedeným v článku 1 ods. 2 písm. a) a v článku 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17.

43 Táto podobnosť vyžaduje, aby tie isté odôvodnenia boli použité na účely výkladu pojmov zákazky na služby a koncesie na služby v rozsahu pôsobnosti oboch uvedených smerníc.

44 Z toho vyplýva, že pokiaľ sa predmetné plnenie vo veci samej kvalifikuje ako „zákazka na služby“ podľa smernice 2004/17, musí sa pri takej zákazke v zásade postupovať v súlade s postupmi stanovenými v článkoch 31 a 32 tejto smernice. Naopak, ak je toto plnenie kvalifikované ako koncesia na služby, uvedená smernica podľa jej článku 18 sa naň neuplatňuje. V tomto prípade zadanie koncesie vo všeobecnosti podlieha základným pravidlám Zmluvy ES a osobitne zásade rovnosti zaobchádzania a zásade zákazu diskriminácie z dôvodu štátnej príslušnosti, ako aj z nich vyplývajúcej povinnosti transparentnosti (pozri v tomto zmysle rozsudky zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, body 60 až 62; z 21. júla 2005, Coname, C-231/03, Zb. s. I-7287, body 16 až 19; z 13. októbra 2005, Parking Brixen, C-458/03, Zb. s. I-8585, body 46 až 49, a z 13. novembra 2008, Coditel Brabant, C-324/07, Zb. s. I-8457, bod 25).

45 V tomto kontexte vnútroštátny súd hľadá spresnenie kritérií, ktoré by mu dovolili stanoviť rozdiel medzi verejnou zákazkou na služby a koncesiou na služby.

O prvej a druhej otázke

46 Vnútroštátny súd sa svojou prvou a druhou otázkou, ktoré je potrebné preskúmať spoločne, v podstate pýta, či v prípade zmluvy o poskytnutí služieb samotná skutočnosť, že poskytovateľ nie je priamo odmenený verejným obstarávateľom, ale má právo vyberať peňažné plnenie na súkromnoprávnom základe od tretích osôb, postačuje na to, aby bola dotknutá zmluva kvalifikovaná ako koncesia na služby v zmysle článku 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17. V prípade zápornej odpovede na túto otázku sa vnútroštátny súd pýta, či takáto zmluva má byť kvalifikovaná ako koncesia na služby, ak zmluvný partner preberie v plnom alebo aspoň prevažnom rozsahu hospodárske riziko prevádzky, ktoré znáša verejný obstarávateľ, teda aj v prípade, že je toto riziko, ktoré je

spojené s predmetnou službou na základe foriem jej verejnoprávneho fungovania, od počiatku podstatne obmedzené?

47 WAZV Gotha, Stadtwirtschaft a WAL, ako aj nemecká a česká vláda navrhujú odpovedať na prvú otázku kladne a tvrdia, že skutočnosť, že zmluvný partner je odmeňovaný na základe peňažných platieb, ktoré vyberá od užívateľov predmetnej služby, postačuje na charakterizovanie koncesie na služby.

48 Eurawasser a Komisia sa naopak domnievajú, že okrem toho je potrebné, aby zmluvný partner znášal hospodárske riziko prevádzky predmetnej služby.

49 V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že článok 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/17 stanovuje, že „zákazky na dodávky tovaru, na práce a na služby“ sú zmluvami s peňažným plnením uzatvorenými písomne medzi jedným alebo viacerými obstarávateľmi uvedenými v článku 2 ods. 2 tejto smernice a jedným alebo viacerými zhotoviteľmi, dodávateľmi alebo poskytovateľmi služieb.

50 Podľa článku 1 ods. 3 písm. b) uvedenej smernice „koncesia na služby“ je zákazka rovnakého druhu ako zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením.

51 Z porovnania týchto dvoch definícií vyplýva, že rozdiel medzi zákazkou na služby a koncesiou na služby spočíva v protiplnení za poskytnutie služieb. Zákazka na služby zahŕňa odmenu, ktorá je poskytovateľovi služieb vyplatená priamo verejným obstarávateľom (pozri v tomto zmysle rozsudok Parking Brixen, už citovaný, bod 39), zatiaľ čo v prípade koncesie na služby odmena za poskytnutie služieb spočíva buď v práve využívať služby, alebo je toto právo spojené s peňažným plnením.

52 Položené otázky vychádzajú výslovne zo skutočnosti, že predmetná zmluva stanovuje, že zmluvný partner nie je odmeňovaný priamo verejným obstarávateľom, ale na základe peňažného plnenia na súkromnoprávnom základe, ktoré mu verejný obstarávateľ povolil vyberať od tretích osôb.

53 S prihliadnutím na kritérium uvedené v bode 51 tohto rozsudku je skutočnosť, že poskytovateľ služieb je odmeňovaný peňažným plnením pochádzajúcim od tretích osôb, v tomto prípade od užívateľov predmetných služieb, jednou z foriem, ktorú môže mať výkon práva priznaný poskytovateľovi na prevádzkovanie služieb.

54 Toto kritérium vyplýva z judikatúry Súdneho dvora vyhlásenej po nadobudnutí účinnosti smernice 2004/17. Podľa tejto judikatúry o koncesiu na služby ide vtedy, ak dohodnutý spôsob odmeny spočíva v práve poskytovateľa poskytovať vlastné služby (pozri v tomto zmysle rozsudok Telaustria a Telefonadress, už citovaný, bod 58, a uznesenie z 30. mája 2002, Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Zb. s. I-4685, body 27 a 28, ako aj rozsudky z 18. júla 2007, Komisia/Taliansko, C-382/05, Zb. s. I-6657, bod 34, a z 13. novembra 2008, Komisia/Taliansko, C-437/07, bod 29).

55 V tejto súvislosti nie je podstatné, či odmena patrí do pôsobnosti súkromného alebo verejného práva.

56 Súdny dvor uznal existenciu koncesie na služby najmä v prípade, kde odmena pre poskytovateľa pochádza z platieb užívateľov verejného parkoviska, siete verejnej dopravy a telekomunikačnej siete (pozri rozsudky Parking Brixen, už citovaný, bod 40; zo 6. apríla 2006, ANAV, C-410/04, Zb. s. I-3303, bod 16, a Coditel Brabant, už citovaný, bod 24).

57 Z toho vyplýva, že v prípade zmluvy o poskytnutí služieb, skutočnosť, že zmluvný partner nie je odmeňovaný priamo verejným obstarávateľom, ale má právo vyberať poplatky od tretích osôb, zodpovedá požiadavke protiplnenia stanovenej v článku 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17.

58 Tento záver však ukladá, že pojem „právo na využívanie služby“ musí byť spresnený ako „protiplnenie za poskytovanie služieb“ uvedený v tomto ustanovení.

59 Z judikatúry Súdneho dvora vyplýva, že ak dohodnutý spôsob odmeny spočíva v práve poskytovateľa poskytovať vlastné služby, potom súčasťou tohto spôsobu odmeny je aj riziko spojené s poskytovaním dotknutých služieb, ktoré znáša poskytovateľ (pozri v tomto zmysle rozsudky Parking Brixen, už citovaný, bod 40; z 18. júla 2007, Komisia/Taliansko, bod 34, a z 13. novembra 2008, Komisia/Taliansko, bod 29).

60 V tejto súvislosti dotknuté strany, ktoré predložili pripomienky, prijali najmä alebo subsidiárne rozdielne postoje.

61 WAZV Gotha tvrdí, že skutočnosť, že zmluvný partner znáša riziko spojené s poskytovaním služieb za podmienok, ako sú tie vo veci samej, postačuje na charakteristiku koncesie na služby.

62 Pre Stadtwirtschaft, WAL a českú vládu zmluvný partner nie je povinný znášať toto riziko v plnom rozsahu. Postačuje, aby ho znášal v prevažnom rozsahu.

63 Nemecká vláda sa domnieva, že o koncesiu na služby ide vtedy, ak zmluvný partner znáša riziko spojené s poskytovaním služieb, ktoré nie je úplne zanedbateľné.

64 Eurawasser tvrdí, že v plnení vo veci samej nejde o značné riziko, ktoré by mohlo verejným obstarávateľom prejsť na zmluvného partnera. Vzhľadom na to by bolo vhodné kvalifikovať toto plnenie ako zákazku, a nie ako koncesiu.

65 Komisia uvádza, že v skutočnosti existuje značné riziko spojené s poskytovaním služieb, ktoré však nemusí nevyhnutne zodpovedať hospodárskemu riziku, akému býva obvykle vystavený na voľnom trhu. Zmluvu o poskytnutí služieb, ktorej hospodárske riziko je znížené na minimum verejným obstarávateľom, nemožno považovať za koncesiu na služby.

66 V tejto súvislosti je potrebné uviesť, že riziko je súčasťou hospodárskej prevádzky služieb.

67 Ak verejný obstarávateľ naďalej znáša riziko v plnom rozsahu a poskytovateľa nevystaví nebezpečenstvu trhu, zadanie poskytovania služieb si vyžaduje uplatnenie náležitostí stanovených smernicou 2004/17 na účely ochrany transparentnosti a hospodárskej súťaže.

68 V prípade neexistencie úplného presunu rizika spojeného s poskytovaním služieb na poskytovateľa, je predmetné plnenie zákazkou na služby (pozri v tomto zmysle rozsudky z 27. októbra 2005, Contse a i., C-234/03, Zb. s. I-9315, bod 22, a 18. júla 2007, Komisia/Taliansko, už citovaný, body 35 až 37, ako aj analogicky, čo sa týka koncesie na práce, rozsudok z 13. novembra 2008, Komisia/Taliansko, už citovaný, body 30 a 32 až

35). Ako bolo uvedené v bode 51 tohto rozsudku, v poslednom uvedenom prípade by protiplnenie nespočívalo v práve poskytovania služieb.

69 Položené otázky vychádzajú z predpokladu, že poskytovanie služieb, ako sú tie vo veci samej, predstavuje veľmi obmedzené hospodárske riziko a to aj v prípade, keď tieto služby poskytuje verejný obstarávateľ z dôvodu uplatnenia právnych predpisov týkajúcich sa odvetvia dotknutej činnosti.

70 Podľa určitých tvrdení predložených na Súdnom dvore, aby mohlo byť predmetné plnenie za takýchto okolnosti považované za koncesiu, je potrebné, aby bolo riziko prechádzajúce zo zadávateľa koncesie na koncesionára podstatným rizikom.

71 Tieto tvrdenia nemožno vôbec prijať.

72 Je bežné, že niektoré odvetvia činností, predovšetkým odvetvia týkajúce sa činností vo verejnom záujme, ako je dodávka vody a odtok odpadových vôd, sú predmetom právnej úpravy, ktorá má za účinok obmedziť hospodárske riziká, ktorým sú vystavené.

73 Na jednej strane podmienky vyplývajúce z verejného práva, na ktoré sa vzťahuje hospodárske a finančné využitie služieb, uľahčujú dohľad nad ich využitím a znižujú faktory, ktoré by mohli ohroziť transparentnosť a narušiť hospodársku súťaž.

74 Na druhej strane verejný obstarávateľ, ktorý koná v dobrej viere, musí zo zákona zabezpečiť poskytnutie služieb na základe koncesie, pokiaľ sa domnieva, že ide o najlepší spôsob zabezpečenia predmetných služieb vo verejnom záujme, a to aj vtedy, ak s tým spojené hospodárske riziko je veľmi obmedzené.

75 Nie je preto namieste žiadať od príslušného orgánu verejnej moci, ktorý je zadávateľom koncesie, aby vytváral náročnejšie podmienky hospodárskej súťaže a hospodárskeho rizika, ako sú tie, ktoré už v ňom existujú v dôsledku existencie právnej úpravy uplatňovanej na dotknutý sektor.

76 Za týchto okolností, keďže verejný obstarávateľ nemá nijaký vplyv na podmienky vyplývajúce z verejného práva, ktoré sa uplatňujú na fungovanie služieb, je nemožné, aby takéto podmienky zaviedol a tým prenášal rizikové faktory, ktoré tieto podmienky vylučujú.

77 V každom prípade, aj keď hroziace hospodárske riziko, ktoré znáša verejný obstarávateľ, je veľmi obmedzené na účely uzatvorenia koncesie na služby, je potrebné, aby verejný obstarávateľ preniesol na koncesionára hospodárske riziko prevádzky, ktoré znáša, v plnom alebo prevažnom rozsahu.

78 Vnútroštátnemu súdu prislúcha posúdiť, či došlo k prenosu rizika, ktoré znáša verejný obstarávateľ, v plnom alebo prevažnom rozsahu.

79 Na tieto účely nemožno zohľadniť všeobecné riziká vyplývajúce zo zmien právnej úpravy vykonaných v priebehu uskutočnenia zmluvy.

80 Je preto potrebné odpovedať na prvú a druhú otázku tak, že skutočnosť, že v prípade zmluvy o poskytnutí služieb zmluvný partner nie je priamo odmenený verejným obstarávateľom, ale má právo vyberať peňažné plnenie na súkromnoprávnom základe od tretích osôb, postačuje na to, aby bola táto zmluva kvalifikovaná ako „koncesia na služby“ v zmysle článku 1 ods. 3 písm. b) smernice 2004/17, pokiaľ zmluvný partner preberá v plnom alebo aspoň prevažnom rozsahu hospodárske riziko prevádzky, ktoré znáša verejný obstarávateľ, a to aj v prípade, že je toto riziko, ktoré je spojené s predmetnou službou na základe foriem jej verejnoprávneho fungovania, od počiatku podstatne obmedzené.

O tretej otázke

81 Vzhľadom na odpoveď na druhú otázku položenú vnútroštátnym súdom nie je potrebné samostatne odpovedať na tretiu otázku.

O trovách

82 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdnym dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (tretia komora) rozhodol takto:

Skutočnosť, že v prípade zmluvy o poskytnutí služieb zmluvný partner nie je priamo odmenený verejným obstarávateľom, ale má právo vyberať peňažné plnenie na súkromnoprávnom základe od tretích osôb, postačuje na to, aby bola táto zmluva kvalifikovaná ako „koncesia na služby“ v zmysle článku 1 ods. 3 písm. b) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/17/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov obstarávania subjektov pôsobiacich v odvetviach vodného hospodárstva, energetiky, dopravy a poštových služieb, pokiaľ zmluvný partner preberá v plnom alebo aspoň prevažnom rozsahu hospodárske riziko prevádzky, ktoré znáša verejný obstarávateľ, a to aj v prípade, že je toto riziko, ktoré je spojené s predmetnou službou na základe foriem jej verejnoprávneho fungovania, od počiatku podstatne obmedzené.

Podpisy