SODBA SODIŠČA (tretji senat)

z dne 10. septembra 2009 *

V zadevi C-206/08,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 234 ES, ki ga je vložilo Thüringer Oberlandesgericht (Nemčija) z odločbo z dne 8. maja 2008, ki je prispela na Sodišče 19. maja 2008, v postopku

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

proti

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

ob udeležbi

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Jezik postopka: nemščina.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

SODIŠČE (tretji senat),

v sestavi A. Rosas, predsednik senata, J. N. Cunha Rodrigues (poročevalec), J. Klučka, sodnika, P. Lindh, sodnica, in A. Arabadjiev, sodnik,

generalni pravobranilec: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
sodna tajnica: C. Strömholm, administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 23. aprila 2009,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

– za Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) S. Wellmann in P. Hermisson, odvetnika,

– za Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH U.-D. Pape, odvetnik,

– za Stadtwirtschaft Gotha GmbH E. Glahs, odvetnica,

– za Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL) S. Gesterkamp in S. Sieme, odvetnika,

– za nemško vlado M. Lumma in J. Möller, zastopnika,

– za češko vlado M. Smolek, zastopnik,

– za Komisijo Evropskih skupnosti P. Oliver, D. Kukovec in C. Zadra, zastopniki, skupaj z B. Wägenbaurjem, odvetnik,

na podlagi sklepa, sprejetega po opredelitvi generalnega pravobranilca, da bo v zadevi razsojeno brez sklepnih predlogov,

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago pojma „koncesija za storitve“ v smislu Direktive 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev (UL L 134, str. 1).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (skupina za oskrbo z vodo in odvajanje odpadnih voda mesta Gotha in občin, ki spadajo v njegovo upravno okrožje, v nadaljevanju: WAZV Gotha) in Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (podjetje za čiščenje in odvajanje odpadnih voda) glede zagotavljanja javne službe v zvezi z oskrbo s pitno vodo in odvajanjem odpadnih voda.

Pravni okvir

3 Člen 1(2)(a) in (d) Direktive 2004/17 določa:

„2. (a) ‚Javna naročila blaga, gradenj in storitev‘ so pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več naročniki iz člena 2(2) in enim ali več izvajalc[i] gradenj, dobavitelj[i] blaga ali ponudnik[i] storitev;

[…]

(d) ‚Javna naročila storitev' so javna naročila, katerih predmet je opravljanje storitev iz Priloge XVII, razen javnih naročil gradenj ali naročil blaga.

[…]"

4 Člen 1(3)(b) te direktive določa:

„‚Koncesija za storitve' je naročilo enake vrste kot naročilo storitev, razen da je plačilo za opravljanje storitev bodisi samo pravica do izkoriščanja storitev ali ta pravica skupaj s plačilom."

5 Člen 2 te direktive določa:

„1. Za namene te direktive:

(a) ‚naročniki' pomenijo državne, regionalne ali lokalne organe, osebe javnega prava in združenja, ki jih sestavljajo en ali več teh organov ali en ali več teh pravnih oseb javnega prava.

[…]

2. Ta direktiva se uporablja za naročnike:

(a) ki so javni organi ali javna podjetja in opravljajo eno od dejavnosti iz členov 3 do 7;

[…]“

6 Člen 4 Direktive 2004/17 določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za naslednje dejavnosti:

(a) zagotavljanje ali upravljanje stalnih omrežij, ki so namenjena zagotavljanju javnih storitev v zvezi s proizvodnjo, transportom in distribucijo pitne vode [oskrbo s pitno vodo]; ali

(b) dobavo pitne vode takšnim omrežjem.

2. Ta direktiva se uporablja tudi za javna naročila ali natečaje, ki jih oddajo ali organizirajo naročniki, ki opravljajo katero od dejavnosti iz odstavka 1 in ki:

[…]

so povezani z odstranjevanjem ali čiščenjem odplak.

[…]“

7 Člen 18 te direktive določa:

„Ta direktiva se ne uporablja za koncesije za gradnje in storitve, ki jih oddajo naročniki, ki opravljajo eno ali več dejavnosti iz členov 3 do 7, če se te koncesije podelijo za izvajanje takih dejavnosti.“

8 Člen 31 te direktive določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve s seznama v Prilogi XVII A, se oddajo v skladu s členi 34 do 59.“

9 Člen 32 iste direktive določa:

„Naročila, katerih predmet so storitve s seznama v Prilogi XVII B, se oddajo samo v skladu s členoma 34 in 43.“

10 Države članice morajo v skladu s členom 71 Direktive 2004/17 najpozneje do 31. januarja 2006 sprejeti predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo.

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

11 Iz spisa je razvidno, da je WAZV Gotha skupina, ki vključuje občine, ki morajo na podlagi določenih predpisov nemškega prava prebivalstvu, ki prebiva na njenem območju, zagotavljati oskrbo s pitno vodo in odvajanje odpadnih voda.

12 Skupina WAZV Gotha je v okviru pogodbe o upravljanju, ki je bila sklenjena leta 1994, prepustila Stadtwirtschaft Gotha GmbH (občinsko podjetje mesta Gotha, v nadaljevanju: Stadtwirtschaft) opravljanje vseh tehničnih, trgovskih in upravnih storitev na področju oskrbe s pitno vodo. Ker naj bi ta pogodba v letu 2008 potekla, je skupina WAZV Gotha želela kot člana sprejeti podjetje Stadtwirtschaft, da bi tudi v prihodnje nanj prenesla upravljanje. Vendar so nadzorni organi s sklicevanjem na določbe s področja oddaje javnih naročil zavrnili odobritev sprejetja podjetja Stadtwirtschaft v skupino WAZV Gotha.

13 Zaradi nadaljnjega prenosa upravljanja na tretje je WAZV Gotha odločila, da prenese opravljanje javne službe oskrbe s pitno vodo in odvajanja odpadnih voda. Ta skupina je zato v septembru 2007 izvedla neformalni postopek javnega razpisa, namesto da bi opravila formalni postopek oddaje javnega naročila iz člena 97 in naslednjih zakona o preprečevanju omejevanja konkurence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, v nadaljevanju: GWB). Skupina WAZV Gotha je javni razpis kljub temu objavila v *Uradnem listu Evropske unije* z dne 19. septembra 2007 pod referenčno številko 2007/S 180-220518.

14 V javnem razpisu je bilo navedeno, da se podeljuje koncesija za storitve oskrbe z vodo in odvajanja odpadnih voda na območju, ki ga pokriva skupina WAZV Gotha, in sicer za obdobje 20 let, ter da se vabi zainteresirana podjetja k oddaji prijav.

15 V javnem razpisu ter v osnutkih pogodbe, priložene k temu razpisu, je bilo določeno, da bo koncesionar na podlagi pogodb zasebnega prava, ki jih bo sklenil v svojem imenu in za svoj račun, opravljal storitve za uporabnike, ki prebivajo na območju, ki ga pokriva skupina WAZV Gotha, in da bo v zameno prejel plačilo navedenih uporabnikov.

16 Določeno je bilo, da je koncesionar pristojen, da pravično izračuna plačila za opravljene storitve in da znesek za te storitve določi v okviru svoje odgovornosti. Ta pristojnost pa je bila omejena, saj je moral koncesionar do 31. decembra 2009 uporabljati tarife, ki so veljale ob objavi javnega razpisa, in ker so morale biti te tarife poleg tega v skladu z določbami zakona dežele Turingije o komunalnih dajatvah (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 V javnem razpisu in osnutkih pogodbe je bilo določeno tudi, da bodo tehnične naprave za oskrbo z vodo in odvajanje odpadnih voda ostale v lasti skupine WAZV Gotha in da

jih bo koncesionar najel, pri čemer bo smel ta ustrezno najemnino vračunati v plačilo, ki ga v zameno za opravljene storitve zahteva od uporabnikov. Koncesionar je moral vzdrževati navedene naprave.

18 Skupina WAZV Gotha se je zavezala, da bo z uredbo določila, da se je treba obvezno priključiti na javna omrežja za oskrbo z vodo in odvajanje odpadnih voda ter da jih je treba obvezno uporabljati. Ni pa mogoče, da koncesionar v vsakem posameznem primeru zahteva upoštevanje te obveznosti.

19 Nazadnje, skupina WAZV Gotha se je zavezala, da bo v okviru zakonskih možnosti koncesionarju nakazala javne subvencije, ki jih bo prejela.

20 V javnem razpisu je bil rok za prejem prijav za sodelovanje 8. oktober 2007. Z dopisom z dne 4. oktobra 2007 je podjetje Eurawasser razkrilo, da namerava skupina WAZV Gotha oddati opravljanje zgoraj navedenih storitev na podlagi koncesije za storitve, in ne na podlagi formalnega javnega razpisa za oddajo javnega naročila storitev.

21 Podjetje Eurawasser je 8. oktobra 2007 vložilo prijavo za sodelovanje. Stadtwirtschaft in Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (podjetje za upravljanje, odvisno od medobčinske skupine za vodo v regiji Lausitz, v nadaljevanju: WAL) sta tudi sodelovali v postopku javnega razpisa in ju je skupina WAZV Gotha povabila k oddaji ponudbe. Do izteka roka, določenega v javnem razpisu, je skupno prispelo osem prijav za sodelovanje.

22 Skupina WAZV Gotha se je z dopisom z dne 9. oktobra 2007 zavrnila zahtevek za revizijo podjetja Eurawasser. Podjetje Eurawasser je najprej 19. oktobra in 23. novembra 2007 neuspešno vložilo zahtevka za revizijo, nato pa vložilo pritožbo pri pristojni Vergabekammer (komisija za oddajo javnih naročil), ker skupina WAZV Gotha ni izbrala ustreznega postopka za oddajo naročil.

23 Vergabekammer je s sklepom z dne 24. januarja 2008 ugotovila, da je zadevno ravnanje dejansko oddaja javnega naročila storitev, da bi morala skupina WAZV Gotha opraviti formalni postopek oddaje javnega naročila in da je treba v postopku vzpostaviti stanje pred objavo javnega razpisa.

24 Skupina WAZV Gotha je zoper ta sklep pritožila pri Thüringer Oberlandesgericht.

25 Stadtwirtschaft in WAL je bilo dovoljeno, da v tem postopku sodelujeta kot intervenienta.

26 V teh okoliščinah je Thüringer Oberlandesgericht prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

„1. Ali je treba pogodbo o opravljanju storitev (v obravnavanem primeru o opravljanju javne službe oskrbe z vodo in čiščenja odpadnih voda), v kateri je določeno, da naročnik ne plača neposredno sopogodbeniku, temveč ta od naročnika pridobi pravico, da od tretjih oseb v okviru zasebnega prava zahteva plačilo, samo na podlagi tega razloga šteti za ‚koncesijo za storitve' v smislu člena 1(3)(b) Direktive [2004/17] in ne za odplačno javno naročilo storitev v smislu člena 1(2)(a) in (d) Direktive?

2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen, ali gre pri vrsti pogodb, opisani v prvem vprašanju, za koncesijo za storitve, če je sicer poslovno tveganje, povezano z zadevno službo, zaradi javnopravne ureditve te službe (obvezna priključitev in uporaba, izračun cene na podlagi načela pokritja stroškov) vnaprej, torej tudi če bi storitev opravljal naročnik sam, zelo omejeno, vendar pa to omejeno tveganje v celoti ali vsaj v prevladujočem delu nosi sopogodbenik?

3. Če je tudi odgovor na drugo vprašanje nikalen, ali je treba člen 1(3)(b) Direktive [2004/17] razlagati tako, da mora biti poslovno tveganje, povezano z opravljanjem storitve, zlasti prodajno tveganje, kvalitativno primerljivo s tistim, ki ponavadi obstaja na prostem trgu z večjim številom konkurirajočih si ponudnikov?“

Dopustnost

27 Skupina WAZV Gotha trdi, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe nedopusten, ker odgovor na prvo vprašanje očitno izhaja iz opredelitve koncesije za storitve v členu 1(3)(b) Direktive 2004/17 ter iz sodne prakse Sodišča. Zahtevana razlaga zato nikakor ni potrebna. Podjetje WAL je predložilo v bistvu podobne trditve.

28 Podjetje Stadtwirtschaft trdi, da vprašanja predloga za sprejetje predhodne odločbe niso upoštevna za odločanje predložitvenega sodišča, ker je v sporu o glavni stvari mogoče odločiti brez odgovora na ta vprašanja. Skupina WAZV Gotha bi namreč izvedla pravilen postopek oddaje naročil, čeprav bi se izkazalo, da je treba pogodbe, ki se obravnavajo v postopku v glavni stvari, opredeliti kot javno naročilo storitev, ki spada na področje uporabe Direktive 2004/17.

29 Komisija Evropskih skupnosti pa nasprotno trdi, da je predlog za sprejetje predhodne odločbe dopusten. Nacionalno sodišče naj bi menilo, da so vprašanja v predložitveni odločbi, ki se, kot je iz te odločbe razvidno, nanašajo na razliko med pojmom javno naročilo storitev in pojmom koncesija za storitve, nujno potrebna za odločanje o dopustnosti pritožbe, vložene pri nacionalnem sodišču.

30 Potem ko je nacionalno sodišče vložilo predlog za sprejetje predhodne odločbe, se je skupina WAZV Gotha 4. septembra 2008 odločila, da postopek javnega razpisa, ki se obravnava v sporu o glavni stvari, razveljavi.

31 Po tej razveljavitvi je podjetje Eurawasser spremenilo pritožbo, ne da bi jo umaknilo. Podjetje Eurawasser tako zahteva sprejetje odločbe, s katero naj se ugotovi, da se mu z razveljavitvijo postopka kršijo pravice v zvezi z upoštevanjem pravil o oddaji javnega naročila, ki jih ima na podlagi členov 97 in naslednjih GWB.

32 Predložitveno sodišče je z dopisom z dne 24. decembra 2008 Sodišče obvestilo, da vztraja pri predlogu za sprejetje predhodne odločbe. Meni namreč, da je še vedno treba dobiti odgovor na postavljena vprašanja, da bi bilo mogoče odločiti o spremenjeni pritožbi, saj koncesije za storitve ne spadajo v področje uporabe člena 97 in naslednjih GWB in posledično sprememba pritožbe v postopku v glavni stvari ne vpliva na to, da pravno sredstvo, vloženo pri pristojnem organu, v tem primeru Vergabekammer in Vergabesenat, zaradi nadzora nad upoštevanjem postopkov, ki veljajo na področju javnih naročil, ne bi bilo dopustno, če bi bila pogodba, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, opredeljena kot koncesija za storitve.

33 Sodišče je v zvezi s tem presodilo, da v okviru sodelovanja med njim in nacionalnimi sodišči, določenega v členu 234 ES, le nacionalno sodišče, ki odloča o sporu in ki mora prevzeti odgovornost za izrečeno sodno odločbo, glede na posebnosti zadeve presoja o nujnosti sprejetja predhodne odločbe, da bi lahko izdalo sodbo, in upoštevnost vprašanj, ki jih postavi Sodišču. Sodišče je zato, kadar se postavljena vprašanja nanašajo na razlago prava Skupnosti, načeloma dolžno odločati (glej zlasti sodbo z dne 23. aprila 2009 v zadevi Rüffler, C-544/07, ZOdl., str. I-3389, točka 36 in navedena sodna praksa).

34 Sodišče je prav tako presodilo, da mora v izjemnih primerih sámo preizkusiti okoliščine, v katerih mu je zadevo predložilo nacionalno sodišče, da preveri, ali je zanjo pristojno.

Sprejetje odločbe o vprašanju za predhodno odločanje, ki ga postavi nacionalno sodišče, je mogoče zavrniti le, kadar je očitno, da zahtevana razlaga prava Skupnosti nima nikakršne zveze z dejanskim stanjem ali s predmetom spora o glavni stvari, kadar gre za hipotetičen problem oziroma kadar Sodišče nima na voljo potrebnih dejanskih in pravnih elementov, da bi lahko ustrezno odgovorilo na postavljena vprašanja (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Rüffler, točki 37 in 38, ter navedena sodna praksa).

35 Predložitveno sodišče je v predložitveni odločbi in v dopisu z dne 24. decembra 2008 jasno obrazložilo, zakaj meni, da so postavljena vprašanja upoštevna in da je odgovor na ta vprašanja nujen, da bi se odločilo o sporu, ki mu je predložen. Ob upoštevanju teh pojasnil je videti, da postavljena vprašanja niso hipotetična oziroma so povezana s predmetom spora o glavni stvari.

36 Vprašanja za predhodno odločanje so zato dopustna.

Vprašanja za predhodno odločanje

Uvodne ugotovitve

37 Za uvod je treba pojasniti, da je glede na dokumente v spisu skupina WAZV Gotha zajeta v opredelitev naročnika iz člena 2(1)(a) Direktive 2004/17, saj spada ta naročnik v eno od kategorij naročnikov, za katere se ta direktiva uporablja na podlagi člena 2(2)(a).

38 Poleg tega spada postopek v glavni stvari v skladu s členom 4 Direktive 2004/17 pod to direktivo, saj zadevni naročnik, to je skupina WAZV Gotha, opravlja dejavnost na področju oskrbe s pitno vodo in odvajanja odpadnih voda.

39 V sporu o glavni stvari se Direktiva 2004/17 uporablja *ratione temporis*, saj je rok za njeno izvedbo, ki je določen v členu 71 te direktive, potekel 31. januarja 2006, postopek javnega razpisa, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, pa se je začel v septembru 2007.

40 Treba je opozoriti, da je bila opredelitev koncesije za storitve v pravo Skupnosti vnesena s členom 1(2)(a) Direktive 2004/17. Te opredelitve ni v predhodnih direktivah s tega področja, zlasti v Direktivi Sveta 93/38/EGS z dne 14. junija 1993 o usklajevanju postopkov naročanja naročnikov v vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem sektorju (UL L 199, str. 84).

41 Zakonodajalec Skupnosti je v členu 18 Direktive 2004/17 določil, da se ta ne uporablja za koncesije za storitve, ki jih oddajo naročniki, ki med drugim opravljajo dejavnosti v vodnem sektorju.

42 Poleg tega je treba opozoriti, da Direktiva 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL L 134, str. 114), kar zadeva njeno področje uporabe, v členu 1(2)(a) in (4) vsebuje opredelitvi „javnega naročila“ in „koncesije za storitve“, ki sta v bistvu podobni ustreznim opredelitvam iz člena 1(2)(a) in (3)(b) Direktive 2004/17.

43 Zaradi te podobnosti je treba za razlago pojma javno naročilo storitev in pojma koncesija za storitve v okviru področja uporabe obeh navedenih direktiv uporabiti iste ugotovitve.

44 Zato če je ravnanje, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, opredeljeno kot „javno naročilo storitev“ v smislu Direktive 2004/17, je to naročilo načeloma treba oddati v skladu s postopki, določenimi v njenih členih 31 in 32. Če pa je to ravnanje opredeljeno kot koncesija za storitve, se ta direktiva na podlagi njenega člena 18 za to ravnanje ne uporablja. V tem primeru bi pri podelitvi koncesije veljala temeljna pravila Pogodbe ES na splošno in načeli enakega obravnavanja in prepovedi diskriminacije na podlagi državljanstva ter zlasti obveznost preglednosti, ki iz njiju izhaja (glej v tem smislu sodbe z dne 7. decembra 2000 v zadevi Telaustria in Telefonadress, C-324/98, Recueil, str. I-10745, točke od 60 do 62; z dne 21. julija 2005 v zadevi Coname, C-231/03, ZOdl., str. I-7287, točke od 16 do 19; z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točke od 46 do 49, in z dne 13. novembra 2008 v zadevi Coditel Brabant, C-324/07, ZOdl., str. I-8457, točka 25).

45 V teh okoliščinah predložitveno sodišče želi, da se pojasnijo merila, na podlagi katerih bi bilo mogoče določiti razliko med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve.

Prvo in drugo vprašanje

46 Predložitveno sodišče s prvim in drugim vprašanjem, ki ju je treba preučiti skupaj, v bistvu sprašuje, ali v primeru pogodbe o opravljanju storitev sama okoliščina, da naročnik ne plača neposredno sopogodbeniku, temveč ta pridobi pravico, da od tretjih oseb v okviru zasebnega prava zahteva plačilo, zadostuje za to, da se zadevna pogodba šteje za koncesijo za storitve v smislu člena 1(3)(b) Direktive 2004/17. Če je odgovor na to vprašanje nikalen, predložitveno sodišče sprašuje, ali je treba tako pogodbo šteti za koncesijo za storitve, če je sicer poslovno tveganje, ki je nastalo na strani naročnika,

zaradi javnopravne ureditve te službe vnaprej zelo omejeno, vendar pa to tveganje v celoti ali vsaj v prevladujočem delu nosi sopogodbenik.

47 Skupina WAZV Gotha, podjetji Stadtwirtschaft in WAL ter nemška in češka vlada trdijo, da okoliščina, da sopogodbenik prejme plačilo od uporabnikov zadevnih storitev, zadostuje za opredelitev, da gre za koncesijo za storitve, in tako priporočajo pritrdilen odgovor na prvo vprašanje.

48 Podjetje Eurawasser in Komisija pa menita, da mora med drugim sopogodbenik prevzeti ekonomsko tveganje v zvezi z opravljanjem zadevne službe.

49 V zvezi s tem je treba poudariti, da člen 1(2)(a) Direktive 2004/17 določa, da so „javna naročila blaga, gradenj in storitev“ pisno sklenjene odplačne pogodbe med enim ali več naročniki iz člena 2(2) te direktive in enim ali več izvajalci gradenj, dobavitelji blaga ali ponudniki storitev.

50 V skladu s členom 1(3)(b) navedene direktive je „koncesija za storitve“ naročilo enake vrste kot naročilo storitev, razen da je plačilo za opravljanje storitev bodisi samo pravica izkoriščanja storitev ali ta pravica skupaj s plačilom.

51 Iz primerjave teh dveh opredelitev je razvidno, da je razlika med javnim naročilom storitev in koncesijo za storitve v plačilu za opravljanje storitev. Pri javnem naročilu storitev naročnik plača neposredno ponudniku storitev (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Parking Brixen, točka 39), medtem ko plačilo pri koncesiji za storitve obsega pravico izkoriščanja storitve oziroma to pravico skupaj s plačilom.

52 Postavljena vprašanja izrecno izhajajo iz okoliščine, da je v zadevni pogodbi določeno, da naročnik ne plača neposredno sopogodbeniku, temveč ta od naročnika pridobi pravico, da od tretjih oseb v okviru zasebnega prava zahteva plačilo.

53 Dejstvo, da ponudnik storitev prejme plačila od tretjih oseb, v tem primeru od uporabnikov storitev zadevne službe, je ob upoštevanju merila iz točke 51 te sodbe ena od možnih oblik izvrševanja ponudniku priznane pravice izkoriščanja storitve.

54 To merilo je izhajalo že iz sodne prakse Sodišča pred začetkom veljavnosti Direktive 2004/17. V skladu s to sodno prakso gre za koncesijo za storitve takrat, ko dogovorjeni način plačila izhaja iz pravice ponudnika, da izkorišča svojo storitev (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Telaustria in Telefonadress, točka 58, in sklep z dne 30. maja 2002 v zadevi Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Recueil, str. I-4685, točki 27 in 28, ter sodbi z dne 18. julija 2007 v zadevi Komisija proti Italiji, C-382/05, ZOdl., str. I-6657, točka 34, in z dne 13. novembra 2008 v zadevi Komisija proti Italiji, C-437/07, točka 29).

55 V zvezi s tem ni pomembno, ali to plačilo ureja zasebno pravo ali javno pravo.

56 Sodišče je med drugim že priznalo obstoj koncesije za storitve v primerih, ko je plačilo ponudnika financirano s plačili uporabnikov javnega parkirišča, uporabnikov storitev javnega prevoza in omrežja kabelske televizije (glej zgoraj navedeno sodbo Parking Brixen, točka 40, sodbo z dne 6. aprila 2006 v zadevi ANAV, C-410/04, ZOdl., str. I-3303, točka 16, in zgoraj navedeno sodbo Coditel Brabant, točka 24).

57 Iz tega izhaja, da v primeru pogodbe o opravljanju storitev okoliščina, da naročnik ne plača neposredno sopogodbeniku, temveč ta pridobi pravico, da od tretjih oseb zahteva plačilo, ustreza zahtevi po plačilu, ki je določeno v členu 1(3)(b) Direktive 2004/17.

58 Vendar pa tak sklep nalaga, naj se pojasni pojem „pravica izkoriščanja“ kot „plačilo za opravljanje storitev“, ki je zapisan v navedeni določbi.

59 Iz sodne prakse Sodišča je razvidno, da takrat, ko dogovorjeni način plačila izhaja iz pravice ponudnika, da izkorišča svojo storitev, ta način plačila pomeni, da ponudnik prevzame tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev (glej v tem smislu zgoraj navedene sodbe Parking Brixen, točka 40, z dne 18. julija 2007 Komisija proti Italiji, točka 34, in z dne 13. novembra 2008, Komisija proti Italiji, točka 29).

60 Stranke, ki so predložile stališča, so glede tega primarno oziroma podredno sprejele različna stališča.

61 Skupina WAZV Gotha trdi, da dejstvo, da sopogodbenik v okoliščinah postopka v glavni stvari prevzame tveganje, povezano z opravljanjem, zadostuje za označitev kot koncesija za storitve.

62 Podjetji Stadtwirtschaft in WAL ter češka vlada menita, da sopogodbenik ni zavezan prevzeti tveganja v celoti. Zadostovalo bi, da nosi prevladujoči del tveganja.

63 Nemška vlada meni, da gre za koncesijo za storitve, če sopogodbenik prevzame tveganje, ki je povezano z opravljanjem in ni popolnoma nepomembno.

64 Podjetje Eurawasser meni, da ni znatnega tveganja, ki bi ga lahko naročnik v okviru ravnanja, ki se obravnava v postopku v glavni stvari, prenesel na sopogodbenika. Zato bi moralo biti to ravnanje javno naročilo in ne koncesija.

65 Komisija navaja, da mora obstajati veliko poslovno tveganje, ki pa ne ustreza nujno ekonomskemu tveganju, ki običajno nastane na prostem trgu. Javnega naročila storitev, glede katerega javni organi znižajo ekonomsko tveganje na najnižjo raven, ni mogoče šteti za koncesijo za storitve.

66 V zvezi s tem je treba poudariti, da je tveganje del opravljanja službe v gospodarskem smislu.

67 Če naročnik še dalje nosi tveganje v celoti in ponudnika ne izpostavlja tveganjem na trgu, je treba zaradi varstva preglednosti in konkurence pri dodelitvi opravljanja službe uporabljati postopek, določen v Direktivi 2004/17.

68 Če se tveganje, povezano z opravljanjem službe, sploh ne prenese na ponudnika, je zadevno ravnanje javno naročilo storitev (glej v tem smislu sodbo z dne 27. oktobra 2005 v zadevi Contse in drugi, C-234/03, ZOdl., str. I-9315, točka 22, in zgoraj navedeno sodbo z dne 18. julija 2007, Komisija proti Italiji, točke od 35 do 37, in, kar zadeva koncesijo za javne gradnje, zgoraj navedeno sodbo z dne 13. novembra 2008, Komisija

proti Italiji, točke 30 in od 32 do 35). V zadnjem primeru plačilo ne obsega pravice izkoriščanja storitve, kot je bilo zapisano v točki 51 te sodbe.

69 Postavljena vprašanja temeljijo na predpostavki, da zagotavljanje zadevne službe v postopku v glavni stvari vključuje zelo omejena ekonomska tveganja, tudi če bi to storitev opravil naročnik, in to zaradi uporabe predpisov iz zadevnega sektorja.

70 Da pa bi bilo zadevno ravnanje v takšnih okoliščinah koncesija, bi moralo biti v skladu z določenimi trditvami, predloženimi Sodišču, tveganje, ki ga prenese koncendent na koncesionarja, veliko.

71 Teh trditev ni mogoče v celoti sprejeti.

72 Znano je, da nekatere sektorje, zlasti tiste, ki se nanašajo na javni interes, kot sta oskrba z vodo in odvajanje odpadnih voda, urejajo predpisi, katerih učinek je lahko omejevanje nastajajočih ekonomskih tveganj.

73 Pravila javnega prava, ki veljajo za opravljanje službe v gospodarskem in finančnem smislu, lajšajo nadzor nad opravljanjem te službe in omejujejo dejavnike, s katerimi bi bilo mogoče škodovati preglednosti in izkrivljati konkurenco.

74 Na drugi strani, ko naročniki ravnajo v dobri veri, jim mora biti omogočeno, da na podlagi koncesije zagotavljajo storitve, če menijo, da je to najboljši način zagotavljanja zadevne javne službe, čeprav je tveganje, povezano z opravljanjem, zelo omejeno.

75 Poleg tega ne bi bilo razumno od javnega organa-koncendenta zahtevati, naj ustvari konkurenčne razmere in ekonomsko tveganje, ki presegajo tiste, ki obstajajo zaradi veljavnih predpisov v zadevnem sektorju.

76 Ker v takšnih okoliščinah naročnik nima nikakršnega vpliva na pravila javnega prava, ki veljajo pri ureditvi službe, je nemogoče, da bi vnesel in tako prenesel dejavnike tveganja, ki jih ta pravila izključujejo.

77 Čeprav je tveganje, ki nastane na strani naročnika, zelo omejeno, pa mora ta, da bi se ugotovil obstoj koncesije za storitve, v vsakem primeru na koncesionarja prenesti poslovno tveganje, ki nastane na njegovi strani, v celoti ali vsaj v znatnem delu.

78 Nacionalno sodišče mora presoditi, ali je prišlo do prenosa tveganja, ki je nastalo na strani naročnika, v celoti ali v znatnem delu.

79 V ta namen se ne smejo upoštevati splošna tveganja, ki izhajajo iz spremembe predpisov v obdobju izvajanja pogodbe.

80 Zato je treba na prvo in drugo vprašanje odgovoriti, da v primeru pogodbe o opravljanju storitev okoliščina, da naročnik ne plača neposredno sopogodbeniku, temveč ta pridobi pravico, da od tretjih oseb zahteva plačilo, zadostuje za to, da se ta pogodba šteje za koncesijo za storitve v smislu člena 1(3)(b) Direktive 2004/17, če je sicer poslovno tveganje, ki je nastalo na strani naročnika, zaradi javnopravne ureditve službe vnaprej zelo omejeno, vendar pa to tveganje v celoti ali vsaj v znatnem delu nosi sopogodbenik.

Tretje vprašanje

81 Glede na odgovor na prvo in drugo vprašanje ni treba odgovoriti na tretje vprašanje.

Stroški

82 Ker je ta postopek za stranke v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški, priglašeni za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (tretji senat) razsodilo:

V primeru pogodbe o opravljanju storitev okoliščina, da naročnik ne plača neposredno sopogodbeniku, temveč ta pridobi pravico, da od tretjih oseb zahteva plačilo, zadostuje za to, da se ta pogodba šteje za „koncesijo za storitve“ v smislu člena 1(3)(b) Direktive 2004/17 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetskem in transportnem sektorju ter sektorju poštnih storitev, če je sicer poslovno tveganje, ki je nastalo na strani naročnika, zaradi javnopravne ureditve službe vnaprej zelo omejeno, vendar pa to tveganje v celoti ali vsaj v znatnem delu nosi sopogodbenik.

Podpisi