РЕШЕНИЕ НА СЪДА (трети състав)

10 септември 2009 година *

По дело C-206/08

с предмет преюдициално запитване, отправено на основание член 234 ЕО от Thüringer Oberlandesgericht (Германия) с акт от 8 май 2008 г., постъпил в Съда на 19 май 2008 г., в рамките на производство по дело

Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha)

срещу

Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH,

в присъствието на:

Stadtwirtschaft Gotha GmbH,

* Език на производството: немски.

Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL),

СЪДЪТ (трети състав),

състоящ се от: г-н A. Rosas, председател на състав, г-н J. N. Cunha Rodrigues (докладчик), г-н J. Klučka, г-жа P. Lindh, и г-н Ал. Арабаджиев, съдии,

генерален адвокат: г-н D. Ruiz-Jarabo Colomer,
секретар: г-жа C. Strömholm, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 23 април 2009 г.,

като има предвид становищата, представени:

— за Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha), от адв. S. Wellmann и адв. P. Hermisson, Rechtsanwälte,

— за Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, от адв. U.-D. Pape, Rechtsanwalt,

— за Stadtwirtschaft Gotha GmbH, от адв. E. Glahs, Rechtsanwältin,

— за Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (WAL), от адв. S. Gesterkamp и адв. S. Sieme, Rechtsanwälte,

— за германското правителство, от г-н M. Lumma и г-н J. Möller, в качеството на представители,

— за чешкото правителство, от г-н M. Smolek, в качеството на представител,

— за Комисията на Европейските общности, от г-н P. Oliver, г-н D. Kukovec и г-н C. Zadra, в качеството на представители, подпомагани от адв. B. Wägenbaur, Rechtsanwalt,

предвид решението, взето след изслушване на генералния адвокат, делото да бъде разгледано без представяне на заключение,

постанови настоящото

Решение

1 Преюдициалното запитване се отнася до тълкуването на понятието „концесия за услуги“ по смисъла на Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 134, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 3, [поправка ОВ L 182, 2008 г., стр. 169]).

2 Запитването е отправено в рамките на спор между Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landeskreisgemeinden (обединение за разпределяне на вода и за отвеждане на канални води на град Гота и общините, спадащи към неговия административен район, наричано по-нататък „WAZV Gotha“) и Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (предприятие за пречистване и отстраняване на води, наричано по-нататък „Eurawasser“) относно възлагането на обществената услуга за разпределяне на питейна вода и за отвеждане на канални води.

Правна уредба

3 Член 1, параграф 2, букви а) и г) от Директива 2004/17 предвижда:

„2. а) „поръчки за доставки, строителство и услуги“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече възложители, посочени в член 2, параграф 2 и един или повече изпълнители на строителство, доставки или услуги.

[…]

г) „поръчки за услуги“ са поръчки, различни от поръчките за строителство или поръчките за доставки, които имат за обект предоставянето на услуги, посочени в приложение XVII.

[…]“

4 Член 1, параграф 3, буква б) от тази директива гласи:

„Концесия за услуги е договор от същия вид като поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата, или в това право заедно с плащане.“

5 Съгласно член 2 от посочената директива:

„1. За целите на настоящата директива:

а) „Възлагащи органи“ са държавата, регионалните или местните органи, публичноправните организации или асоциации от един или няколко такива органа или една или няколко публичноправни организации.

[…]

2. Настоящата директива се прилага към възложителите, които:

а) са възлагащи органи или публични предприятия и които извършват една от дейностите, посочени в членове 3—7;

[…]“

6 Член 4 от Директива 2004/17 предвижда:

„1. Настоящата директива се прилага към следните дейности:

а) предоставянето или експлоатацията на фиксирани мрежи, предназначени да обслужват обществеността във връзка с производството, преноса или разпределянето на питейна вода; или

б) доставката на питейна вода до такива мрежи.

2. Настоящата директива се прилага също така към поръчки или конкурси за проект, които са възложени или организирани от образувания, които извършват дейност, посочена в параграф 1 и които:

[…]

б) са свързани с отвеждане или пречистване на канални води.

[…]“

7 Член 18 от тази директива гласи:

„Настоящата директива не се прилага за концесии за строителство и услуги, които се предоставят от възложителите, които извършват една или повече от дейностите, посочени в членове 3—7, когато тези концесии се предоставят за извършване на тези дейности.“

8 Съгласно член 31 от посочената директива:

„Поръчки с обект услуги, включени в приложение XVII A, се възлагат в съответствие с членове 34—59.“

9 Член 32 от същата директива предвижда:

„Поръчки с обект услуги, включени в приложение XVII Б, се уреждат единствено в членове 34 и 43.“

10 В съответствие с член 71 от Директива 2004/17 държавите членки е трябвало да въведат в сила разпоредбите, необходими за да се съобразят с тази директива, най-късно до 31 януари 2006 г.

Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

11 От преписката е видно, че WAZV Gotha е обединение, съставено от общини, което по силата на определени разпоредби на германското право следва да осигурява разпределянето на питейна вода и отвеждането на канални води за населението, пребиващо на неговата територия.

12 В рамките на договор за управление, сключен през 1994 г., WAZV Gotha е възложило на Stadtwirtschaft Gotha GmbH (общинско предприятие на град Гота, наричано по-нататък „Stadtwirtschaft“) всички технически, търговски и административни дейности в областта на разпределението на вода. Като има предвид, че срокът на този договор изтича през 2008 г., WAZV Gotha възнамерява да приеме Stadtwirtschaft като член, за да продължи да му възлага управлението. Осъществяващите надзор органи обаче, като се позовават на разпоредбите относно възлагането на обществени поръчки, отказват да разрешат приемането на Stadtwirtschaft във WAZV Gotha.

13 За да продължи да възлага управлението на трети лица, WAZV Gotha решава да предостави на концесия услугата за разпределяне на питейна вода и за отвеждане на канални води. За тази цел през 2007 г. то започва неформална процедура за възлагане на обществена поръчка вместо формалната процедура за възлагане на обществени поръчки, предвидена в член 97 и сл. от Закона срещу ограниченията на конкуренцията (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, наричан по-нататък „GWB“). При все това WAZV Gotha публикува обявление в *Официален вестник на Европейския съюз* от 19 септември 2007 г. под номер 2007/S 180-220 518.

14 С обявлението за обществена поръчка се е съобщавало за възлагането на концесия за услуги за разпределянето на вода и за отвеждането на канални води на покриваната от WAZV Gotha територия за срок от 20 години и заинтересованите предприятия са се приканвали да подадат своите заявления за участие.

15 Обявлението за обществена поръчка и свързаните с него проектодоговори са предвиждали, че въз основа на частноправни договори, сключени от негово собствено име и за негова собствена сметка, концесионерът предоставя упоменатите услуги на ползвателите, пребиваващи на територията, покривана от WAZV Gotha, и че в замяна на това получава възнаграждение от посочените ползватели.

16 Предвидено е било, че концесионерът има правомощието сам да изчислява справедливо възнагражденията, дължими за предоставяните услуги, и да определя размера им само на своя отговорност. Това правомощие обаче е било ограничено, доколкото концесионерът е трябвало до 31 декември 2009 г. да прилага тарифите, действащи към момента на публикуването на обявлението за обществена поръчка, и доколкото освен това тарифите е трябвало да бъдат в съответствие със Закона на провинция Тюрингия за местните данъци (Thüringer Kommunalabgabengesetz).

17 Обявлението за обществена поръчка и проектодоговорите са предвиждали също, че техническите съоръжения за разпределяне на вода и за отвеждане на канални води остават собственост на WAZV Gotha и че се наемат от концесионера, който

има право да осчетоводява съответния наем към възнаграждението, което иска от ползвателите в замяна на предоставяните услуги. Поддръжката на посочените съоръжения е било възложено на концесионера.

18 WAZV Gotha е поело задължението да обяви с регламент, че присъединяването към обществените мрежи за разпределяне на вода и за отвеждане на канални води и използването им е задължително. Концесионерът обаче не е можел да изисква изпълнението на това задължение за всеки отделен случай.

19 На последно място, WAZV Gotha е поело задължението да възстанови на концесионера публичните субсидии, които получава, в границата на законово предвидените възможности.

20 Крайният срок за получаването на заявленията за участие, предвиден в обявлението на обществена поръчка, е 8 октомври 2007 г. С писмо от 4 октомври 2007 г. Eurawasser порицава намерението на WAZV Gotha да възложи упоменатите по-горе услуги не чрез формална процедура с оглед на възлагането на обществена поръчка за услуги, а посредством концесия за услуги.

21 Eurawasser подава заявлението си за участие на 8 октомври 2007 г. Stadtwirtschaft и Wasserverband Lausitz Betriebsführungs GmbH (предприятие за управление, част от междуобщинското обединение за водата към район Lausitz, наричано по-нататък „WAL“) също участват в процедурата по възлагане и са поканени от WAZV Gotha да представят оферта. Към момента на изтичането на срока, определен в обявлението за обществена поръчка, са били подадени общо осем заявления за участие.

22 С писмо от 9 октомври 2007 г. WAZV Gotha отхвърля жалбата на Eurawasser. След като без успех подава други жалби на 19 октомври и на 23 ноември 2007 г., Eurawasser подава жалба пред компетентната Vergabekammer (Комисия по обществените поръчки) с мотива, че WAZV Gotha не е избрало подходящата процедура по възлагане.

23 С решение от 24 януари 2008 г. Vergabekammer приема, че разглежданата операция действително е представлявала обществена поръчка за услуги, че WAZV Gotha е трябвало да проведе формална процедура за възлагане на обществена поръчка и че процедурата е трябвало да започне отново от фазата, предхождаща публикуването на обявлението за обществена поръчка.

24 WAZV Gotha обжалва това решение пред Thüringer Oberlandesgericht.

25 Допуснато е встъпване в това производство на Stadtwirtschaft и WAL.

26 При тези условия Thüringer Oberlandesgericht решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) Трябва ли договор относно услуги (в случая услуги за разпределяне на вода и за пречистване на канални води) да се квалифицира като „концесия за услуги“ по смисъла на член 1, параграф 3, буква б) от Директива [2004/17] — за разлика от договора с определен паричен интерес, какъвто е поръчката за услуги по смисъла на член 1, параграф 2, букви а) и г) от Директивата — само защото предвижда, че съдоговорителят не получава възнаграждение пряко от възлагащия орган, а последният му разрешава да получава възнаграждение с частноправен характер от трети лица?

2) При отрицателен отговор на първия преюдициален въпрос: могат ли описаните в първия преюдициален въпрос договори да се квалифицират като концесия за услуги, когато съдоговорителят поема изцяло или поне голяма част от стопанския риск, свързан с разглежданата услуга, макар този риск да е от самото начало — тоест дори в случай на предоставяне на услуга от самия възлагащ орган — съществено ограничен поради публичноправните правила за организацията на услугата (задължително присъединяване и използване; изчисляване на цената според принципа на покриване на разходите)?

3) При отрицателен отговор и на втория преюдициален въпрос: трябва ли член 1, параграф 3, буква б) от Директива [2004/17] да се тълкува в смисъл, че свързаният с предоставянето на услугата стопански риск, по-специално търговският риск, трябва да бъде почти еквивалентен от гледна точка на качеството на този, който съществува обикновено в условията на свободен пазар с няколко конкуриращи се доставчици?“

По допустимостта

27 WAZV Gotha твърди, че преюдициалното запитване е недопустимо с мотива, че отговорът на първия преюдициален въпрос очевидно следва от определението за концесия за услуги, съдържащо се в член 1, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17, както и от практиката на Съда. Поради това искането тълкуване не отговаряло на никаква необходимост. WAL представя по същество подобни доводи.

28 Stadtwirtschaft поддържа, че преюдициалните въпроси не са релевантни за целите на решението, което следва да постанови запитващата юрисдикция, тъй като спорът по главното производство може да бъде разрешен, без да се отговаря на тези въпроси. Всъщност WAZV Gotha приложило процедура по възлагане, която е редовна, дори ако се окаже, че разглежданите по главното производство договори трябва да бъдат квалифицирани като поръчки за услуги, попадащи в приложното поле на Директива 2004/17.

29 За разлика от това, Комисията на Европейските общности счита, че преюдициалното запитване е допустимо. Както следвало от акта за преюдициално запитване, националната юрисдикция приела, че преюдициалните въпроси относно разграничението между понятието за поръчка за услуги и понятието за концесия за услуги са ѝ необходими, за да се произнесе по допустимостта на жалбата, с която е сезирана.

30 След отправянето на преюдициалното запитване WAZV Gotha решава на 4 септември 2008 г. да отмени процедурата по възлагане на обществена поръчка, предмет на спора по главното производство.

31 Вследствие на тази отмяна Eurawasser изменя жалбата си, без да я оттегли. Занапред Eurawasser иска да се постанови решение, с което да се установи, че с отменената процедура са накърнени правата му да изисква спазване на правилата за възлагане на обществени поръчки, които черпи от член 97 и сл. от GWB.

32 С писмо от 24 декември 2008 г. запитващата юрисдикция уведомява Съда, че поддържа преюдициалното си запитване. Всъщност тя счита, че за да може да се произнесе по изменената жалба, продължава да ѝ е необходимо да получи отговор на поставените въпроси, най-малкото защото концесиите за услуги поначало се намират извън приложното поле на член 97 и сл. от GWB и следователно изменението на жалбата по главното производство изобщо не се отразява върху обстоятелството, че сезирането на органите, компетентни да упражняват контрол за спазването процедурите, приложими в областта на обществените поръчки, а именно Vergabekammer и Vergabesenat, би било недопустимо в хипотезата, при която разглежданият по главното производство договор бъде квалифициран като концесия за услуги.

33 В това отношение Съдът се е произнесъл, че в рамките на въведеното с член 234 ЕО сътрудничество между него и националните юрисдикции само националният съд, който е сезиран със спора и трябва да поеме отговорността за последващото му съдебно решаване, може да прецени — предвид особеностите на делото — както необходимостта от преюдициално заключение, за да може да постанови решението си, така и релевантността на въпросите, които поставя на Съда. Следователно, след като поставените въпроси се отнасят до тълкуването на общностното право, Съдът по принцип е длъжен да се произнесе (вж. по-специално Решение от 23 април 2009 г. по дело Rüffler, C-544/07, Сборник, стр. I-3389, точка 36 и цитираната съдебна практика).

34 Съдът се е произнесъл също така, че в изключителни хипотези следва да разгледа условията, при които е сезиран от националния съд, за да провери собствената си компетентност. Съдът може да не се произнесе по отправеното от национална

юрисдикция запитване само ако е съвсем очевидно, че исканото тълкуване на общностното право няма никаква връзка с действителността или с предмета на спора по главното производство или още когато проблемът е от хипотетично естество, или ако Съдът не разполага с необходимите фактически и правни елементи, за да бъде полезен с отговора на поставените му въпроси (вж. по-специално Решение по дело Rüffler, посочено по-горе, точки 37 и 38 и цитираната съдебна практика).

35 В акта си за преюдициално запитване, както и в писмото си от 24 декември 2008 г., запитващата юрисдикция ясно разяснява причините, поради които счита, че поставените от нея въпроси са относими и че отговорът на тези въпроси е необходим за разрешаването на повдигнатия пред нея спор. Предвид тези разяснения поставените въпроси не изглеждат хипотетични или лишени от връзка с предмета на спора по главното производство.

36 Поради това преюдициалните въпроси са допустими.

По преюдициалните въпроси

Предварителни бележки

37 В самото начало е уместно да се уточни, че съгласно съдържащите се в преписката данни WAZV Gotha попада в приложното поле на определението за възлагащ орган по член 2, параграф 1, буква а) от Директива 2004/17, тъй като посоченият възлагащ орган е една от категориите възложители, към които се прилага тази директива по силата на член 2, параграф 2, буква а) от нея.

38 Делото по главното производство попада в приложното поле на Директива 2004/17 съгласно член 4 от последната, доколкото съответният възлагащ орган, а именно WAZV Gotha, упражнява дейност в областта на доставката на питейна вода и на отвеждането на канални води.

39 Директива 2004/17 е приложима ratione temporis към спора по главното производство, тъй като — при положение че определеният в член 71 от нея срок за прилагането ѝ е изтекъл на 31 януари 2006 г. — разглежданата по главното производство процедура по възлагане на обществена поръчка е започнала през септември 2007 г.

40 Следва да се напомни, че определение за концесия за услуги е въведено в общностното законодателство в член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/17. Това определение не се е съдържало в предходните директиви в тази област, по-специално в Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги (ОВ L 199, стр. 84).

41 Общностният законодател уточнява в член 18 от Директива 2004/17, че последната не се прилага за концесии за услуги, които се предоставят от възложители, извършващи дейности по-конкретно във водоснабдяването.

42 Освен това е уместно да се напомни, че що се отнася до нейното собствено приложно поле, Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116, поправка в ОВ L 182, 2008 г., стр. 282) съдържа в член 1, параграф 2, буква а) и параграф 4 от нея определения за „обществена поръчка“ и „концесия за услуги“, които по същество са подобни на съответните определения, съдържащи се в член 1, параграф 2, буква а) и параграф 3, буква б) от Директива 2004/17.

43 Тази прилика налага да се прилагат едни и същи съображения с оглед на тълкуването на понятията за поръчка за услуги и концесия за услуги в съответното приложно поле на двете гореспоменати директиви.

44 От това следва, че ако разглежданата по главното производство операция се квалифицира като „поръчка за услуги“ по смисъла на Директива 2004/17, подобна поръчка трябва по принцип да се възлага в съответствие с процедурите, предвидени в членове 31 и 32 от тази директива. Ако, напротив, тази операция се квалифицира като концесия за услуги, посочената директива по силата на член 18 от нея не се прилага към въпросната операция. В този случай възлагането на концесията би продължило като цяло да бъде подчинено на основните норми от Договора за ЕО и в частност — на принципите за равно третиране и за недопускане на дискриминация, основана на гражданство, както и на произтичащото от тях задължение за прозрачност (вж. в този смисъл Решение от 7 декември 2000 г. по дело Telaustria и Telefonadress, C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точки 60—62, Решение от 21 юли 2005 г. по дело Coname, C-231/03, Recueil, стр. I-7287, точки 16—19, Решение от 13 октомври 2005 г. по дело Parking Brixen, C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точки 46—49 и Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Coditel Brabant, C-324/07, Сборник, стр. I-8457, точка 25).

45 В този контекст запитващата юрисдикция иска да бъдат уточнени критериите, позволяващи да се установи разграничение между поръчка за услуги и концесия за услуги.

По първия и втория въпрос

46 С първия и втория си въпрос, които е уместно да бъдат разгледани заедно, запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали в случая на договор относно услуги обстоятелството, че съдоговорителят не получава възнаграждение пряко от възлагащия орган, а има право да получава възнаграждение с частноправен характер от трети лица, е достатъчно само по себе си, за да се квалифицира разглежданият договор като „концесия за услуги“ по смисъла на член 1, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17. При отрицателен отговор на този въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи дали подобен договор трябва да се квалифицира като концесия за услуги, когато съдоговорителят поема изцяло или поне голяма част от стопанския риск, който

понася възлагащият орган, макар този риск да е от самото начало значително ограничен поради публичноправните правила за организацията на услугата.

47 В подкрепа на утвърдителен отговор на първия въпрос WAZV Gotha, Stadtwirtschaft и WAL, както и германското и чешкото правителство, поддържат, че обстоятелството, че съдоговорителят получава възнаграждение от ползвателите на съответната услуга, е достатъчно, за да характеризира една концесия за услуги.

48 За разлика от това, Eurawasser и Комисията считат, че е уместно освен това съдоговорителят да поема икономическия риск от експлоатацията на разглежданата услуга.

49 В това отношение следва да се отбележи, че член 1, параграф 2, буква а) от Директива 2004/17 предвижда, че „поръчките за доставки, строителство и услуги“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече възложители, посочени в член 2, параграф 2 от тази директива, и един или повече изпълнители на строителство, доставки или услуги.

50 Съгласно член 1, параграф 3, буква б) от посочената директива „концесията за услуги“ е договор от същия вид като поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата, или в това право заедно с плащане.

51 От сравнението между тези две дефиниции следва, че разликата между поръчка за услуги и концесия за услуги се състои в насрещната престация за предоставянето на услуги. Поръчката за услуги съдържа насрещна престация, която се изплаща пряко от възлагащия орган на доставчика на услуги (вж. в този смисъл Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе, точка 39), докато в случая на концесия за услуги насрещната престация за предоставянето на услугите се състои в правото да се експлоатира услугата — или само по себе си, или придружено с плащане.

52 Поставените въпроси изрично изхождат от обстоятелството, че разглежданият договор предвижда, че съдоговорителят не получава възнаграждение пряко от възлагащия орган, а получава възнаграждение с частноправен характер от трети лица, за което възлагащият орган му е дал разрешение.

53 С оглед на критерия, посочен в точка 51 от настоящото решение, обстоятелството, че доставчикът на услуги получава плащания от трети лица, в случая от ползвателите на разглежданата услуга, е една от формите, които може да приеме признатото на доставчика право да експлоатира услугата.

54 Този критерий произтича още от практиката на Съда, предхождаща влизането в сила на Директива 2004/17. Според тази съдебна практика концесия за услуги е налице, когато уговореният начин за плащане на възнаграждение се състои в правото на доставчика на услуги да експлоатира предоставяните от него услуги и предполага той да поеме риска, свързан с експлоатацията на съответните услуги (вж. в този смисъл Решение по дело Telaustria и Telefonadress, посочено по-горе, точка 58, Определение от 30 май 2002 г. по дело Buchhändler-Vereinigung, C-358/00, Recueil, стр. I-4685, точки 27 и 28, както и Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Италия, C-382/05, Сборник, стр. I-6657, точка 34 и Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Комисия/Италия, Сборник, C-437/07, точка 29).

55 В това отношение е без значение, че възнаграждението се урежда от частното право или от публичното право.

56 Съдът е признал съществуването на концесия за услуги по-конкретно в случаи, при които възнаграждението на доставчика на услуги произтича от плащания, извършени от ползвателите на обществен паркинг, на услуга за обществен транспорт и на мрежа за разпространение на телевизионни програми (вж. Решение по дело Parking Brixen, посочено по-горе, точка 40, Решение от 6 април 2006 г. по дело ANAV, C-410/04, Recueil, стр. I-3303, точка 16 и Решение по дело Coditel Brabant, посочено по-горе, точка 24).

57 От това следва, че в случая на договор относно услуги обстоятелството, че съдоговорителят не получава възнаграждение пряко от възлагащия орган, а има право да получава възнаграждение от трети лица, отговаря на изискването за насрещна престация, предвидено в член 1, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17.

58 Този извод налага обаче да се уточни съдържащото се в посочената разпоредба понятие „право да се експлоатира“ като „насрещна престация“.

59 От практиката на Съда следва, че когато уговореният начин на възнаграждение се състои в правото на доставчика да експлоатира предоставяните от него услуги, този начин на възнаграждение предполага доставчикът да поеме риска, свързан с експлоатацията на съответните услуги (вж. в този смисъл посочените по-горе Решение по дело Parking Brixen, точка 40, Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Италия, точка 34 и Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Комисия/Италия, точка 29).

60 В това отношение представилите становища заинтересовани лица са изразили различни позиции като основен аргумент или при условията на евентуалност.

61 WAZV Gotha поддържа, че обстоятелството, че при конкретните условия в делото по главното производство съдоговорителят поема риска, свързан с експлоатацията, е достатъчно, за да охарактеризира една концесия за услуги.

62 Според Stadtwirtschaft, WAL и чешкото правителство съдоговорителят не е длъжен да поема изцяло този риск. Достатъчно било да поеме голяма част от него.

63 Германското правителство счита, че концесия за услуги е налице, щом съдоговорителят поема риск, свързан с експлоатацията, който не е съвсем незначителен.

64 Eurawasser счита, че в разглежданата по главното производство операция не съществува значителен риск, който да може да бъде прехвърлен на съдоговорителя от възлагащия орган. Поради това било уместно тя да се квалифицира като поръчка, а не като концесия.

65 Комисията посочва, че трябва да е налице значителен стопански риск, който не трябва обаче непременно да съответства на икономическия риск, понасян обикновено в рамките на свободен пазар. Поръчка за услуги, икономическият риск от която е сведен до минимум от публичните власти, не можела да се квалифицира като концесия за услуги.

66 В това отношение следва да се отбележи, че рискът е присъщ на икономическата експлоатация на услугата.

67 Макар възлагащият орган да продължава да понася изцяло риска, като не излага доставчика на превратностите на пазара, възлагането на експлоатацията на услугата налага прилагането на формалните изисквания, предвидени от Директива 2004/17 с оглед на защитата на прозрачността и на конкуренцията.

68 При пълната липса на прехвърляне към доставчика на риска, свързан с предоставянето на услуга, съответната операция представлява поръчка за услуги (вж. в този смисъл Решение от 27 октомври 2005 г. по дело Contse и др., C-234/03, Recueil, стр. I-9315, точка 22 и Решение от 18 юли 2007 г. по дело Комисия/Италия, посочено по-горе, точки 35—37, както и по аналогия, що се отнася до концесия за строителство, Решение от 13 ноември 2008 г. по дело Комисия/Италия, посочено по-горе, точки 30 и 32—35). Както бе посочено

в точка 51 от настоящото решение, в този последен случай насрещната престация не би се състояла в правото да се експлоатира услугата.

69 Поставените въпроси изхождат от предпоставката, че доставката на разглежданата по главното производство услуга предполага съществено ограничени икономически рискове дори в случай, че възлагащият орган би предоставял услугата, което е последица от прилагането на правната уредба относно съответния сектор на дейност.

70 Впрочем според някои от представените пред Съда доводи, за да представлява при такива условия разглежданата операция концесия, необходимо е прехвърленият от концедента на концесионера риск да е значителен.

71 Тези доводи не могат да бъдат безрезервно приети.

72 Обикновено някои сектори на дейност — по-конкретно тези, които са свързани с обществено полезни дейности като разпределянето на вода и отвеждането на канални води — са предмет на правна уредба, която може да доведе до ограничаване на понасяните икономически рискове.

73 От една страна, публичноправните правила, на които се подчинява икономическата и финансова експлоатация на услугата, улесняват контрола върху експлоатацията на последната и ограничават факторите, които могат да накърнят прозрачността и да нарушат конкуренцията.

74 От друга страна, трябва да се запази възможността за възлагащите органи, действащи съвсем добросъвестно, да осигурят предоставянето на услуги посредством концесия, ако считат, че това е най-добрият начин за осигуряване на съответната обществена услуга, при това дори когато рискът, свързан с експлоатацията, е съществено ограничен.

75 Освен това не би било разумно да се изисква от възлагащия орган — концедент, да завишава изискванията във връзка с условията на конкуренция и на икономически риск в сравнение с тези, които съществуват в съответния сектор в резултат от приложимата към последния правна уредба.

76 В подобни случаи, тъй като възлагащият орган не оказва никакво влияние върху публичноправните правила, приложими към организацията на услугата, за него е невъзможно да въвежда и следователно да прехвърля рискови фактори, които са изключени от тези правила.

77 Във всеки случай, макар понасяният от възлагащия орган риск да е съществено ограничен, за да се направи извод за съществуването на концесия за услуги е необходимо възлагащият орган да прехвърли на концесионера изцяло или поне значителна част от стопанския риск, който понася.

78 Националната юрисдикция следва да прецени дали е налице прехвърляне изцяло или на значителна част от риска, който понася възлагащият орган.

79 За тази цел не трябва да се вземат предвид общите рискове от изменения на правната уредба, настъпили в хода на изпълнението на договора.

80 Следователно на първия и втория въпрос следва да се отговори, че обстоятелството, че в рамките на договор относно услуги съдоговорителят не получава възнаграждение пряко от възлагащия орган, а има право да получава възнаграждение от трети лица, е достатъчно, за да се квалифицира този договор като „концесия за услуги“ по смисъла на член 1, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17, при положение че съдоговорителят поема изцяло или поне значителна част от стопанския риск, който понася възлагащият орган, макар този риск от самото начало да е съществено ограничен поради публичноправните правила за организацията на услугата.

По третия въпрос

81 С оглед на отговора, даден на първия и втория въпрос, не следва да се отговаря на третия въпрос.

По съдебните разноски

82 С оглед на обстоятелството, че за страните по главното производство настоящото дело представлява отклонение от обичайния ход на производството пред запитващата юрисдикция, последната следва да се произнесе по съдебните разноски. Разходите, направени за представяне на становища пред Съда, различни от тези на посочените страни, не подлежат на възстановяване.

По изложените съображения Съдът (трети състав) реши:

Обстоятелството, че в рамките на договор относно услуги съдоговорителят не получава възнаграждение пряко от възлагащия орган, а има право да получава възнаграждение от трети лица, е достатъчно, за да се квалифицира този договор като „концесия за услуги“ по смисъла на член 1, параграф 3, буква б) от Директива 2004/17/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координиране на процедурите за възлагане на обществени поръчки от възложители, извършващи дейност във водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, при положение че съдоговорителят поема изцяло или поне значителна част от стопанския риск, който понася възлагащият орган, макар този риск от самото начало да е съществено ограничен поради публичноправните правила за организацията на услугата.

Подписи