

SODBA SODIŠČĀ (drugi senat)

z dne 10. novembra 2011*

V zadevi C-348/10,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Augstākās tiesas Senāts (Latvija) s sklepom z dne 2. julija 2010, ki je prispel na Sodišče 9. julija 2010, v postopku

Norma-A SIA,

Dekom SIA

proti

Latgales plānošanas reģions, pravnemu nasledniku Ludzas novada dome,

SODIŠČĒ (drugi senat),

v sestavi J.N. Cunha Rodrigues (poročevalec), predsednik senata, U. Lõhmus, A. Rosas, A. Ó Caoimh in A. Arabadžiev, sodniki,

* Jezik postopka: litovščina.

generalni pravobranilec: P. Cruz Villalón,
sodna tajnica: C. Strömholm, administratorica,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 18. maja 2011,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

- za Norma-A SIA L. Krastiņa in I. Azanda, advokāte,

- za Latgales plānošanas reģions, pravnega naslednika Ludzas novada dome,
J. Pļuta,

- za latvijsko vlado M. Borkoveca in K. Krasovska, zastopnici,

- za avstrijsko vlado M. Fruhmann, zastopnik,

- za Evropsko komisijo C. Zadra in A. Sauka, zastopnika,

po predstavitvi sklepnih predlogov generalnega pravobranilca na obravnavi 7. julija 2011

izreka naslednjo

Sodbo

- 1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 1(3)(b) 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, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 19) in člena 2d(1)(b) Direktive Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetskem, transportnem in telekomunikacijskem področju (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 315), kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007 (UL L 335, str. 31, v nadaljevanju: Direktiva 92/13).

- 2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbama Norma-A SIA in Dekom SIA ter Latgales plānošanas reģions, ki je pravni naslednik Ludzas novada dome (svet okrožja Ludza (Latvija)), v zvezi z dodelitvijo „koncesije“ za opravljanje javnega avto-busnega prevoza v mestu in okrožju Ludza družbi Ludzas autotransporta uzņēmums SIA.

Pravni okvir

Ureditev Unije

3 Člen 1(2)(a) in (d) ter (3)(b) 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 izvajalcem gradenj, dobaviteljem blaga ali ponudnikom storitev.

[...]

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

[...]

3. [...]

(b) ‚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.“

4 Člen 2 navedene 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 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;

[...]“

5 Člen 5 Direktive 2004/17 določa:

„1. Ta direktiva se uporablja za dejavnosti v zvezi z zagotavljanjem ali upravljanjem omrežij, ki zagotavljajo javne storitve na področju železnice, avtomatiziranih sistemov, tramvajev, trolejbusov, avtobusov ali žižnic.

[...]

2. Ta direktiva se ne uporablja za subjekte, ki opravljajo javni avtobusni prevoz in so bil[i] izključen[i] iz področja uporabe Direktive 93/38/EGS v skladu s členom 2(4) navedene direktive.“

6 Člen 1(2)(a) in (4) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132) določa:

„2. (a) ‚Javna naročila‘ so proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali izvajanje storitev v skladu s pomenom iz te direktive.

[...]

4. ‚Koncesija za storitve‘ je naročilo enake vrste kakor javno naročilo storitev, z izjemo dejstva, da je razlog za opravljanje storitev bodisi samo pravica do koriščenja storitve ali ta pravica skupaj s plačilom.“

7 Člen 1(1) Direktive 92/13 določa:

„Ta direktiva se uporablja za javna naročila iz Direktive 2004/17 [...], razen če so takšna naročila izključena v skladu s členom 5(2), členi 18 do 26, členoma 29 in 30 ali členom 62 navedene direktive.

[...]“

8 Člen 2d(1)(b) Direktive 92/13 določa:

„1. Države članice zagotovijo, da naročilo za neveljavno razglasi revizijski organ, neodvisen od naročnika, oziroma da je neveljavnost naročila rezultat odločitve takšnega revizijskega organa v kateremkoli od naslednjih primerov:

[...]

(b) ko gre za kršitev člena 1(5), člena 2(3) ali člena 2a(2) te direktive, če zaradi te kršitve ponudnik, ki je zaprosil za revizijo, ni imel možnosti uporabiti predpogodbenih pravnih sredstev, če je navedena kršitev združena s kršitvijo Direktive 2004/17 [...], če je ta kršitev vplivala na možnost ponudnika, ki je zaprosil za revizijo, da pridobi javno naročilo.

[...]“

9 Člen 2f(1)(b) Direktive 92/13 določa:

„1. Države članice lahko določijo, da je treba zahtevek za revizijo v skladu s členom 2d(1) vložiti:

[...]

(b) vsekakor pa preden poteče obdobje vsaj šestih mesecev od dneva, ki sledi datumu sklenitve pogodbe.“

10 Člen 3(1) Direktive 2007/66, s katero so bile v Direktivo 92/13 vključene določbe, navedene v točkah od 7 do 9 te sodbe, določa:

„Države članice sprejmejo zakone in druge predpise, potrebne za uskladitev s to direktivo, do 20. decembra 2009.[...]“

Nacionalna ureditev

11 Člen 1(7) zakona o javno-zasebnem partnerstvu (Publiskās un privātās partnerības likums, *Latvijas Vēstnesis*, 2009, št. 107, str. 4093), ki je začel veljati 1. oktobra 2009, določa, da je koncesijska pogodba za storitve pogodba, v skladu s katero zasebni partner

na zahtevo javnega partnerja opravlja storitve iz priloge 2 k zakonu o javnih naročilih (Publisko iepirkumu likums) in kot protidajatev – ali kot bistveni del protidajatve – za opravljanje storitev pridobi pravico do izkoriščanja teh storitev, vendar hkrati tudi nosi tveganje v zvezi z izkoriščanjem storitev ali velik del tega tveganja.

- 12 Na podlagi odstavka 8 navedenega člena 1 pravica do izkoriščanja gradnje ali storitve vključuje pravico do prejemanja plačila od končnih uporabnikov gradnje ali storitve ali pravico do protidajatev od javnega partnerja, katerih znesek je odvisen od povpraševanja končnih uporabnikov, ali celo pravico do hkratnega prejemanja plačil od končnih uporabnikov in protidajatev od javnega partnerja.

- 13 V skladu z odstavkom 9 navedenega člena 1 obstajajo tveganja v zvezi z izkoriščanjem gradnje ali storitev (ekonomska tveganja), kadar so prihodki zasebnega partnerja odvisni od povpraševanja po uporabi gradnje ali od povpraševanja po teh storitvah s strani končnih uporabnikov (tveganje v zvezi s povpraševanjem) in/ali od tega, ali je storitev, ki je ponujena končnim uporabnikom, v skladu z zahtevami iz koncesijske pogodbe (tveganje v zvezi z razpoložljivostjo), ali celo, kadar so prihodki odvisni tako od tveganja v zvezi s povpraševanjem kot od tveganja v zvezi z razpoložljivostjo.

- 14 Člen 6(3) zakona o storitvah javnega prevoza (sabiedriskā transporta pakalpojumu likums *Latvijas Vēstnesis*, 2007, št. 106, str. 3682) med drugim določa, da se storitve javnega prevoza organizirajo glede na povpraševanje po takih storitvah, pri čemer se upošteva potrebna gostota in rednost prevozov v okviru omrežja, obseg in kakovost storitev in ekonomska upravičenost prevozov ter se določi način organizacije prevoza potnikov.

15 Člen 10(1) tega zakona določa, da se izgube in stroški, ki jih ima prevoznik v zvezi z opravljanjem teh storitev, nadomestijo v skladu s podrobnimi pravili iz členov 11 in 12 navedenega zakona.

16 Člen 11(1) tega zakona določa:

„[...] prevozniku se izgube v zvezi z opravljanjem storitev javnega prevoza nadomestijo:

1) v celoti, iz sredstev iz državnega proračuna, ki so za to predvidena, za povezave, ki so del medmestnih povezav regionalnega prevoznega omrežja;

1¹) iz sredstev iz državnega proračuna, ki so za to predvidena, za povezave lokalnega pomena, ki so del regionalnega omrežja;

1²) iz sredstev proračunov lokalnih skupnosti za povezave lokalnega pomena, ki so del regionalnega omrežja, in sicer za del naročenih storitev javnega prevoza, ki presega prag predvidenih sredstev za zagotavljanje teh storitev iz državnega proračuna;

[...]“

17 Člen 12 zakona o storitvah javnega prevoza določa:

„(1) Če država določi minimalne kakovostne zahteve za storitve javnega prevoza, ki jih prevoznik, ki posluje s pridobitnim namenom, ne bi bil dolžan izpolniti, njihova izpolnitev pa povzroči dodatne stroške, ima ta prevoznik pravico, da od države dobi nadomestilo za vse te stroške.

(2) Prevozniki, ki opravljajo storitve javnega prevoza v okviru javnega naročila, dobijo nadomestilo za stroške iz odstavka 1, če so minimalne kakovostne zahteve določene po tem, ko se začnejo opravljati storitve javnega prevoza.

(3) Svet ministrov določi pravila glede opredelitve, izračuna in povrnitve stroškov iz odstavka 1, glede dodelitve sredstev iz nacionalnega proračuna, namenjenih pokrivanju teh stroškov, lokalnim skupnostim, in glede nadzora nad zakonitostjo in skladnostjo uporabe teh sredstev.“

18 Uredba sveta ministrov št. 672 z dne 2. oktobra 2007 o nadomestilu izgub in stroškov pri opravljanju storitev javnega prevoza in o določitvi cen (sabiedriskā transporta pakalpojuma sniegšanā radušos zaudējumu un izdevumu kompensēšanas un sabiedriskā transporta pakalpojuma tarifa noteikšanas kārtība, *Latvijas Vēstnesis*, 2007, št. 175, str. 3751) z dne 2. oktobra 2007, ki je veljala do 20. novembra 2009, in uredba sveta ministrov št. 1226 z dne 26. oktobra 2009 (*Latvijas Vēstnesis*, 2009, št. 183, str. 4169,

v nadaljevanju: uredba št. 2009/1226), ki je prvo nadomestila z 21. novembrom 2009, temeljita na zakonu o storitvah javnega prevoza.

19 Člen 2 uredbe št. 2009/1226 določa:

„[...] prevozniku se nadomestijo naslednje izgube, povezane z izpolnjevanjem pogodbe o opravljanju storitev javnega prevoza:

2.1 neizogibni stroški, povezani z izpolnjevanjem pogodbe o opravljanju storitev javnega prevoza, ki presegajo prihodke;

2.2 stroški zaradi spoštovanja cen, ki jih določi naročnik;

2.3 stroški, ki nastanejo, ko naročnik da popust na ceno prevoza določenim kategorijam potnikov.“

20 Člen 3 te uredbe določa, da ima prevoznik pravico zahtevati, da se mu nadomestijo stroški, nastali zaradi izpolnjevanja kakovostnih zahtev, ki jih je določil naročnik ali so bile določene s predpisi po tem, ko je začel opravljati storitve javnega prevoza, če njihovo izpolnjevanje povzroča dodatne stroške.

- 21 Člen 38 uredbe št. 2009/1226 določa, da naročnik določi obseg stroškov, ki se nadomestijo prevozniku, na podlagi poročila iz točke 32.2 in informacij iz točk 32.3 in 32.4 te uredbe, pri čemer upošteva tudi, ali je določil cene (vozovnic) ali ne.
- 22 V skladu s členom 39 te uredbe naročnik ugotovi dejanske izgube glede na vse prihodke iz naslova izvajanja pogodbe o opravljanju storitev javnega prevoza, z izjemo upravičenih stroškov zaradi opravljanja navedenih storitev. V smislu te uredbe je treba za prihodke šteti prihodke iz prodaje vozovnic in vozovnic za daljše obdobje ter podobne prihodke iz naslova izpolnjevanja pogodbe o opravljanju storitev javnega prevoza.
- 23 Člen 40 uredbe št. 2009/1226 določa, da naročnik določi znesek nadomestila, ki ga je treba plačati in ki je seštevek vseh izgub, ugotovljenih v skladu s členom 39 te uredbe, in dobička. Znesek tega dobička se določi tako, da se prihodki pomnožijo z odstotkom dobička, ki se izračuna tako, da se povprečni ponujeni medbančni obrestni meri za euro na evropskem denarnem trgu (EURIBOR) v obdobju 12 mesecev referenčnega leta prištejeta 2,5 odstotni točki.
- 24 Predložitveno sodišče navaja, da v skladu s členom 49 navedene uredbe znesek nadomestila izgub ne sme biti večji od celote izračunanih dejanskih izgub, če je prevoznik spoštoval cene, ki jih je določil naročnik (cena prevoza).
- 25 Člen 50 te uredbe določa, da če se pravica do opravljanja storitev javnega prevoza podeli na podlagi zakona o javnih naročilih, se znesek nadomestila določi na podlagi razlike med pogodbeno določeno ceno za storitve javnega prevoza in dejansko ustvarjenimi prihodki.

26 Člen 57 uredbe št. 2009/1226 določa:

„[...] v primeru prenehanja pogodbe o opravljanju storitev javnega prevoza:

- (1) prevoznik naročniku vrne preveč plačane zneske, če je bil pri opravljanju storitev javnega prevoza znesek nadomestila za izgube večji od dejanskega izračunanega zneska nadomestil in če naročnik navedena sredstva nameni za nadomestila drugim prevoznikom;

- (2) naročnik plača nadomestilo za izgube, če je bil pri opravljanju storitev javnega prevoza znesek nadomestila izgub nižji od izračunanega dejanskega zneska nadomestila.“

Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

27 Ludzas rajona padome (svet okrožja Ludza) je 17. junija 2009 objavil javni razpis za zbiranje ponudb za opravljanje storitev javnega avtobusnega prevoza v mestu in okrožju Ludza. Tožeči stranki v postopku v glavni stvari sta 6. avgusta 2009 predložili ponudbo.

28 Ker je bilo zadevno naročilo 31. avgusta 2009 oddano družbi Ludzas autotransporta užņēmums SIA, je Ludzas novada dome 2. septembra 2009 odločil, da bo s to družbo sklenil koncesijsko pogodbo za storitve javnega prevoza.

- 29 Tožeči stranki v postopku v glavni stvari sta 16. septembra 2009 pri Administrativā rajona tiesa (upravno sodišče prve stopnje) vložili tožbo za razglasitev ničnosti zgoraj navedene odločbe Ludzas novada dome z dne 2. septembra 2009 in predlog za odlog izvršitve te odločbe. Temu predlogu je navedeno sodišče ugodilo s sklepom z dne 16. oktobra 2009, ki ga je 14. decembra 2009 potrdilo Administrativā apgabaltiesa (višje upravno sodišče).
- 30 Predložitveno sodišče opozarja, da imata tožeči stranki v postopku v glavni stvari na podlagi nacionalne zakonodaje pravico, da odločbo Ludzas novada dome z dne 2. septembra 2009 izpodbijata pred uradom za nadzor nad javnimi naročili in da bi tak spor naročniku onemogočil, da sklene pogodbo, dokler navedeni urad ne odloči.
- 31 Ludzas rajona padome in družba Ludzas autotransporta uzņēmums SIA sta 9. oktobra 2009 sklenila „koncesijsko“ pogodbo o opravljanju zadevnih storitev prevoza.
- 32 Tožeči stranki v postopku v glavni stvari sta nato pri Administrativā rajona tiesa vložili tožbo za razglasitev ničnosti te pogodbe. Navedeno sodišče je 3. decembra 2009 to tožbo zavrglo z utemeljitvijo, da je navedena pogodba pogodba civilnega prava in da zato upravna sodišča niso pristojna za obravnavanje navedene tožbe.
- 33 Administrativā apgabaltiesa je 11. maja 2010 razveljavilo sodbo, izdano na prvi stopnji, ničnostno tožbo pa je zavrglo kot nedopustno z utemeljitvijo, da tožeči stranki v postopku v glavni stvari nimata subjektivne pravice za vložitev take tožbe, ker je bila pogodba sklenjena pred iztekom roka za prenos Direktive 2007/66.

34 Tožeči stranki sta 21. maja 2010 pri predložitvenem sodišču vložili pritožbo zoper sodbo Administratīvā apgabaltiesa. Trdili sta zlasti, da jima Direktiva 2007/66 daje subjektivno pravico, da predlagata razglasitev ničnosti sporne pogodbe, ki je razvidna iz cilja te direktive, ki je zagotovitev pravice tretjim osebam, da zahtevajo, da se naročila, ki so jih oddali državni organi ali lokalne skupnosti, razglasijo za neveljavna.

35 V teh okoliščinah je Augstākās tiesas Senāts prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali je treba člen 1(3)(b) Direktive 2004/17[...] razlagati tako, da je za koncesijo javnih storitev treba šteti pogodbo, s katero se izbranemu ponudniku da pravica, da opravlja storitve javnega avtobusnega prevoza, ob tem da del protidajatve predstavlja pravica do izkoriščanja storitev javnega prevoza, in obenem naročnik izvajalcu storitve plača nadomestilo za izgube, nastale zaradi opravljanja storitev, poleg tega pa javnopravni predpisi, ki urejajo opravljanje storitve, in pogodbeno določila omejujejo tveganje v zvezi z izkoriščanjem storitev?
2. Če je odgovor na prvo vprašanje nikalen: ali se člen 2d(1)(b) Direktive 92/13[...] neposredno uporablja v Latviji od 21. decembra 2009?
3. Če je odgovor na drugo vprašanje pritrdilen: ali je treba člen 2d(1)(b) Direktive 92/13[...] razlagati tako, da se uporablja za javna naročila, ki so bila oddana pred potekom roka za prenos Direktive 2007/66[...]?“

Vprašanja za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

- 36 Najprej je treba ugotoviti, da se v skladu s členom 2(2)(a) Direktive 2004/17 ta uporablja za naročnike, ki so „naročniki“ v smislu člena 2(1)(a) te direktive, med katere spadajo „regionalni in lokalni organi“, in ki „opravljajo eno od dejavnosti iz členov 3 do 7“ navedene direktive.
- 37 Po mnenju predložitvenega sodišča se postopek v glavni stvari nanaša na Direktivo 2004/17, saj zadevni naročnik opravlja dejavnost na področju avtobusnega prevoza v smislu člena 5(1) te direktive.
- 38 Latvajska vlada nasprotno meni, da ker navedeni subjekt storitev javnega prevoza prebivalcem ne zagotavlja sam, se v postopku v glavni stvari uporablja Direktiva 2004/18.
- 39 Glede tega je treba navesti, da Direktiva 2004/18 vsebuje v členu 1(2)(a) in (4) opredelitvi „javnega naročila“ in „koncesije za storitve“, ki v bistvu ustrezata opredelitvama iz člena 1(2)(a) in (3)(b) Direktive 2004/17. Zaradi te podobnosti je treba za razlago pojmov javno naročilo storitev in koncesija za storitve v okviru področja uporabe obeh navedenih direktiv uporabiti iste ugotovitve (sodba z dne 10. septembra 2009 v zadevi Eurawasser, C-206/08, ZOdl., str. I-8377, točki 42 in 43). Zato je mogoče

razlago člena 1(2)(a) in (3)(b) Direktive 2004/17 neposredno uporabiti za ustrezajoče določbe Direktive 2004/18, kar poleg tega priznava tudi latvijska vlada.

- 40 Vprašanje, ali je treba nek posel opredeliti kot koncesijo za storitve ali kot javno naročilo storitev, je treba presoјati izključno na podlagi prava Unije (glej zlasti sodbo z dne 10. marca 2011 v zadevi *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09, ZOdl., str. I-1335, točka 23 in navedena sodna praksa).
- 41 Iz pojmov javno naročilo storitev in koncesija za storitve, ki sta opredeljena v členu 1(2)(a) in (d) ter (3) Direktive 2004/17, 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, medtem ko plačilo pri koncesiji za storitve obsega pravico izkoriščanja storitve oziroma to pravico skupaj s plačilom (glej v tem smislu zlasti zgoraj navedeno sodbo *Eurawasser*, točka 51).
- 42 V primeru pogodbe o opravljanju storitev okoliščina, da naročnik ne plača neposredno sopogodbenu, 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 (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo *Eurawasser*, točka 57).
- 43 Za tak primer gre, kadar, kot v postopku v glavni stvari, ponudnik storitev javnega avtobusnega prevoza dobi pravico do izkoriščanja storitev, ki mu jih uporabniki navedenih storitev plačajo v skladu z določeno ceno.

- 44 Čepprav je način plačila eden od odločilnih dejavnikov za opredelitev koncesije za storitve, iz sodne prakse poleg tega izhaja, da pri koncesiji za storitve koncesionar prevzame tveganje, povezano z opravljanjem zadevnih storitev. Če se tveganje, povezano z opravljanjem storitev, ne prenese na ponudnika, je zadevna dejavnost javno naročilo storitev in ne koncesija za storitve (glej zlasti zgoraj navedeno sodbo Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, točka 26).
- 45 Zato je treba preveriti, ali ponudnik prevzame tveganje, povezano z izkoriščanjem storitve. Čeprav je lahko to tveganje že od začetka zelo omejeno, se za to, da se posel opredeli za koncesijo za storitev, zahteva, da naročnik prenese na koncesionarja celotno tveganje ali vsaj njegov znaten del (glej v tem smislu zlasti zgoraj navedeno sodbo Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, točka 29).
- 46 Ni namreč sporno, da nekatere sektorje, zlasti tiste, ki se nanašajo na dejavnosti v javnem interesu, kot je ta v postopku v glavni stvari, urejajo predpisi, katerih učinek je lahko omejevanje ekonomskih tveganj, ki so jim izpostavljeni gospodarski subjekti. Po eni strani pravila javnega prava, ki veljajo za gospodarsko in finančno izkoriščanje storitve, omogočajo lažji nadzor nad opravljanjem te storitve in zmanjšujejo dejavnike, ki bi lahko vplivali na preglednost in izkrivljali konkurenco. Po drugi strani mora biti naročnikom, ki ravnajo v dobri veri, omogočeno, da zagotavljajo storitve prek koncesije, če menijo, da je to najboljši način zagotavljanja zadevne javne službe, čeprav je tveganje, povezano z opravljanjem, zelo omejeno (zgoraj navedena sodba Eurawasser, točke od 72 do 74).
- 47 Ker v takšnih okoliščinah naročnik nima nobenega vpliva na pravila javnega prava, ki se uporabljajo za ureditev službe, ni mogoče, da ta uvede in nato prenese dejavnike tveganja, ki jih ta pravila izključujejo. Poleg tega ne bi bilo razumno od javnega

organa konkudenta zahtevati, da določi pogoje konkurence in ekonomskega tveganja, ki presegajo tiste, ki obstajajo zaradi veljavnih predpisov v zadevnem sektorju (glej zgoraj navedeno sodbo Eurawasser, točki 75 in 76).

- 48 Tveganje, povezano z izkoriščanjem, je treba razumeti kot tveganje zaradi izpostavljenosti tržnim tveganjem (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Eurawasser, točka 67), ki se lahko med drugim izrazi kot tveganje konkurence s strani drugih ponudnikov, tveganje neusklajenosti med ponudbo in povpraševanjem po storitvah, tveganje plačilne nesposobnosti dolžnikov za opravljene storitve, tveganje, da stroškov poslovanja ne bo mogoče pokriti s prihodki, ali tveganje za odgovornost za škodo v zvezi z neizpolnitvijo storitev (glej v tem smislu zgoraj navedeno sodbo Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, točka 37).
- 49 V nasprotju s tem tveganja, ki so povezana s slabim upravljanjem ali z napakami pri presoji gospodarskega subjekta, niso odločilna za to, da se pogodba opredeli za javno naročilo ali koncesijo za storitve, saj so namreč ta tveganja značilna za vse pogodbe, ne glede na to, ali gre za javno naročilo storitev ali koncesijo za storitve (zgoraj navedena sodba Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, točka 38).
- 50 Čeprav je, kot je bilo navedeno v točki 45 te sodbe, ekonomsko tveganje, povezano z izkoriščanjem, lahko – zaradi pravil javnega prava v zvezi z opravljanjem storitve – že od začetka zelo omejeno, je za to, da se posel opredeli za koncesijo za storitev, potrebno, da naročnik na koncesionarja prenese celotno ali vsaj znaten del tveganja, povezanega z izkoriščanjem storitve, ki mu je izpostavljen.

- 51 Vendar pa glede na informacije, ki jih je navedlo predložitveno sodišče, predpisi, ki se uporabljajo v postopku v glavni stvari, določajo, da naročnik ponudniku storitev nadomesti izgube, nastale pri izkoriščanju, in da zaradi pravil javnega prava in pogodbenih določil, ki urejajo opravljanje storitev, ponudnik ne prevzema „znatnega dela tveganja, povezanega z izkoriščanjem storitve“.
- 52 Predložitveno sodišče v zvezi s tem navaja med drugim, da glede na pogodbeno določila naročnik v okviru predvidenih sredstev v državnem proračunu prevozniku nadomesti izgube, povezane z opravljanjem storitev prevoza, in povezane stroške, pri čemer so prihodki, ki jih prevoznik dobi iz naslova opravljanja storitev prevoza, izključeni.
- 53 Poleg tega se na podlagi členov 2 in 3 uredbe št. 2009/1226 prevozniku nadomestijo izgube, povezane z izpolnjevanjem pogodbe, kar zadeva neizogibne stroške, povezane z izpolnjevanjem pogodbe o opravljanju storitev javnega prevoza, ki presegajo prihodke, stroške zaradi spoštovanja cen, ki jih določi naročnik, stroške, ki nastanejo, ko naročnik da popust na ceno prevoza določenim kategorijam potnikov, in stroške, nastale zaradi izpolnjevanja določenih kakovostnih zahtev, ko se je opravljanje storitve že začelo, če njihovo izpolnjevanje povzroča dodatne stroške glede na prej določene kakovostne zahteve.
- 54 Temu je treba dodati, da člen 40 uredbe št. 2009/1226 določa, da se izbranemu ponudniku plača znesek iz naslova dobička, ki se določi tako, da se prihodki pomnožijo z odstotkom dobička, ki se izračuna tako, da se povprečni ponujeni medbančni obrestni meri za euro na evropskem denarnem trgu (EURIBOR) v obdobju 12 mesecev referenčnega leta prištejeta 2,5 odstotni točki.

- 55 Glede na navedena določila in določbe nacionalnega prava ni mogoče ugotoviti, da izbrani ponudnik nosi znaten del tveganja izpostavljenosti tržnim tveganjem. Zato je tako dejavnost treba opredeliti za „naročilo storitev“ v smislu člena 1(2)(d) Direktive 2004/17 in ne za „koncesijo za storitve“ v smislu člena 1(3)(b) te direktive.
- 56 Res je, da se na obravnavi pred Sodiščem stranke niso strinjale glede obsega tveganja, ki ga izbrani ponudnik dejansko prevzema. Tako latvijska vlada in tožena stranka v postopku v glavni stvari, drugače kot tožeči stranki v postopku v glavni stvari in Evropska komisija, trdita, da različni dejavniki, kot na primer zmanjšanje javnih sredstev, namenjenih pokrivanju morebitnih izgub, nepokrivanje nekaterih vrst stroškov in izgub, povezanih zlasti s spreminjanjem urnikov in prog, in negotovost glede povpraševanja potnikov povečujejo tveganje, tako da naj bi v resnici izbrani ponudnik prevzemal znaten del tega tveganja, tudi zato, ker pogodba velja osem let. Zato naj bi zagotovo šlo za koncesijo za storitve.
- 57 Sodišču ni treba podrobneje opredeliti posla iz postopka v glavni stvari, ker je za tako opredelitev izključno pristojno nacionalno sodišče. Vloga Sodišča je omejena na to, da nacionalnemu sodišču poda razlago prava Unije, ki je koristna za odločitev v sporu, ki mu je bil predložen (glej zlasti sodbo z dne 13. oktobra 2005 v zadevi Parking Brixen, C-458/03, ZOdl., str. I-8585, točka 32).
- 58 Zgolj nacionalno sodišče lahko, prvič, razlaga določbe nacionalnega prava in, drugič, oceni tveganje, ki ga pogodbenik dejansko prevzema na podlagi tega prava in zadevnih pogodbenih določil. Vendar pa preučitev spornega posla ob upoštevanju

predpisov in pogodbenih določil, kot so bili navedeni v predložitvenem sklepu, na prvi pogled napeljuje k sklepu, da ima navedeni posel značilnosti naročila storitev.

- 59 Glede na zgoraj navedeno je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je treba Direktivo 2004/17 razlagati tako, da se za „naročilo storitev“ v smislu člena 1(2)(d) te direktive šteje pogodba, s katero pogodbenik na podlagi pravil javnega prava in pogodbenih določil, ki urejajo opravljanje teh storitev, ne prevzema znatnega dela tveganja, ki mu je izpostavljen naročnik. Nacionalno sodišče mora ob upoštevanju vseh značilnosti posla iz postopka v glavni stvari presoditi, ali je treba navedeni posel opredeliti za koncesijo za storitve ali za javno naročilo storitev.

Drugo in tretje vprašanje

- 60 S tema vprašanjema, ki ju je treba preučiti skupaj, predložitveno sodišče poskuša izvedeti, ali se, če je treba pogodbo v postopku v glavni stvari opredeliti za „javno naročilo storitev“ v smislu Direktive 2004/17, člen 2d(1)(b) Direktive 92/13, ki se na podlagi člena 1 te direktive uporablja za naročila iz Direktive 2004/17, uporablja za to pogodbo, kljub temu da je bila sklenjena pred iztekom roka za prenos Direktive 2007/66, s katero je bil v Direktivo 92/13 vključen navedeni člen 2d(1)(b), in, če je odgovor na prvo vprašanje pritrdilen, ali se ta določa neposredno uporablja.
- 61 Če bi bilo treba, kot trdi latvijska vlada, uporabiti Direktivo 2004/18, kar mora preveriti nacionalno sodišče, je treba poudariti, da so bile s členom 1 Direktive 2007/66 v Direktivo Sveta z dne 21. decembra 1989 o usklajevanju zakonov in drugih predpisov

o uporabi revizijskih postopkov oddaje javnih naročil za preskrbo in javnih naročil za gradnje (89/665/EGS) (posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 246), kakor je bila spremenjena z Direktivo Sveta 92/50/EGS z dne 18. junija 1992 (posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 1, str. 322), vključene določbe, enake tistim iz člena 2d in 2f Direktive 92/13, tako da je razlago teh določb mogoče neposredno uporabiti za ustrezajoče določbe Direktive 89/665, ki je bila spremenjena.

- 62 Na podlagi člena 2d(1)(b) Direktive 92/13 države članice zagotovijo, da naročilo za neveljavno razglasi revizijski organ, neodvisen od naročnika, oziroma da je neveljavnost naročila rezultat odločitve takšnega revizijskega organa, zlasti če je bilo oddano, medtem ko v skladu s členom 2(3) te direktive prvostopenjski organ, ki je neodvisen od naročnika, opravi revizijo odločitve o oddaji javnega naročila, če je bilo oddano, ne da bi bilo treba spoštovati obdobje mirovanja iz člena 2a(2) navedene direktive.
- 63 Ne da bi bilo treba preučiti vprašanje, ali se posameznik po izteku roka za prenos Direktive 2007/66 lahko sklicuje na člen 2d(1)(b) pred nacionalnimi sodišči proti naročniku, kot je tožena stranka v postopku v glavni stvari, zadošča navesti, da se navedena določba nikakor ne uporablja za pogodbe, ki so bile, kot ta v postopku v glavni stvari, sklenjene pred iztekom roka za prenos Direktive 2007/66, to je 20. decembra 2009, ker prenos te direktive ni bil opravljen pred iztekom tega roka.
- 64 Ni sporno, da je bila odločitev o oddaji spornega naročila sprejeta 2. septembra 2009 in da je bila sporna pogodba sklenjena 9. oktobra 2009.

- 65 To, da v skladu s členom 2f(1)(b) Direktive 92/13 države članice lahko določijo, da je treba zahtevek za revizijo v skladu s členom 2d(1) te direktive vsekakor vložiti preden poteče obdobje „vsaj šestih mesecev od dneva, ki sledi datumu sklenitve pogodbe“, ne omogoča sklepa, da bi pogodbe, ki so bile, kot ta v postopku v glavni stvari, sklenjene v šestih mesecih pred iztekom roka za prenos Direktive 2007/66, lahko spadale na področje uporabe tega člena 2d(1)(b).
- 66 Ker Direktiva 2007/66 ne vsebuje nobene določbe glede retroaktivnosti zadevne določbe, bi bilo v nasprotju z načelom pravne varnosti, če bi se štelo, da se navedena določba uporablja za pogodbe, ki so bile sklenjene pred iztekom roka za prenos navedene direktive.
- 67 Glede na zgornje navedbe je treba na drugo in tretje vprašanje odgovoriti, da se člen 2d(1)(b) Direktive 92/13 ne uporablja za javna naročila, oddana pred iztekom roka za prenos Direktive 2007/66.

Stroški

- 68 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 (drugi senat) razsodilo:

1. **Direktivo 2004/17/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil naročnikov v vodnem, energetske in transportnem sektorju ter sektorju poštne storitve je treba razlagati tako, da se za „naročilo storitev“ v smislu člena 1(2)(d) te direktive šteje pogodba, s katero pogodbenik na podlagi pravil javnega prava in pogodbenih določil, ki urejajo opravljanje teh storitev, ne prevzema znatnega dela tveganja, ki mu je izpostavljen naročnik. Nacionalno sodišče mora ob upoštevanju vseh značilnosti posla iz postopka v glavni stvari presoditi, ali je treba navedeni posel opredeliti za koncesijo za storitve ali za javno naročilo storitev.**
2. **Člen 2d(1)(b) Direktive Sveta 92/13/EGS z dne 25. februarja 1992 o uskladitvi zakonov in drugih predpisov o uporabi pravil Skupnosti za oddajo javnih naročil podjetij na vodnem, energetske, transportnem in telekomunikacijskem področju, kakor je bila spremenjena z Direktivo 2007/66/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 11. decembra 2007, se ne uporablja za javna naročila, oddana pred iztekom roka za prenos Direktive 2007/66.**

Podpisi