URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

22. Dezember 2010 *

In der Rechtssache C-215/09

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Markkinaoikeus (Finnland) mit Entscheidung vom 12. Juni 2009, beim Gerichtshof eingegangen am 15. Juni 2009, in dem Verfahren

Mehiläinen Oy,

Terveystalo Healthcare Oy, vormals Suomen Terveystalo Oyj,

gegen

Oulun kaupunki

erlässt

* Verfahrenssprache: Finnisch.

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten K. Lenaerts sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatter), G. Arestis, J. Malenovský und T. von Danwitz,

Generalanwalt: J. Mazák,
Kanzler: N. Nanchev, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 17. Juni 2010,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Mehiläinen Oy und der Terveystalo Healthcare Oy (vormals Suomen Terveystalo Oyj), vertreten durch A. Laine und A. Kuusniemi-Laine, asianajaja,

— von Oulun kaupunki, vertreten durch S. Rasinkangas und I. Korpinen, asianajaja,

— der finnischen Regierung, vertreten durch A. Guimaraes-Purokoski und M. Pere als Bevollmächtigte,

— der tschechischen Regierung, vertreten durch M. Smolek als Bevollmächtigten,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch E. Paasivirta, C. Zadra und D. Kukovec als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der im Hinblick auf die Umstände des Ausgangsrechtsstreits relevanten Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114).

2 Es ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Mehiläinen Oy und der Terveystalo Healthcare Oy, vormals Suomen Terveystalo Oyj, Aktiengesellschaften nach finnischem Recht, einerseits und Oulun kaupunki (Stadt Oulu) andererseits über die

rechtliche Einordnung einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Oulun kaupunki und der ODL Terveys Oy, einer privaten, von der Stadt unabhängigen Gesellschaft (im Folgenden: privater Partner), betreffend die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, der ODL Oulun Työterveys Oy (im Folgenden: Gemeinschaftsunternehmen), unter dem Blickwinkel der Unionsvorschriften über öffentliche Aufträge.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18 enthält folgende Definitionen:

„a) ‚Öffentliche Aufträge' sind zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie.

…

d) ‚Öffentliche Dienstleistungsaufträge' sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.

…"

4 Art. 2 („Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen") dieser Richtlinie sieht vor:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor."

5 Nach Art. 7 („Schwellenwerte für öffentliche Aufträge") der Richtlinie 2004/18 in der durch die Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren (ABl. L 317, S. 34) angepassten Fassung gilt diese Richtlinie für öffentliche Dienstleistungsaufträge, die von anderen öffentlichen Auftraggebern als zentralen Regierungsbehörden vergeben werden und deren geschätzter Wert netto ohne Mehrwertsteuer 206 000 Euro erreicht oder überschreitet.

6 Gemäß Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18 fallen Gesundheitsdienstleistungen unter die Kategorie 25 („Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen") dieses Anhangs.

7 Art. 21 dieser Richtlinie lautet:

„Aufträge über Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B unterliegen nur Artikel 23 und Artikel 35 Absatz 4."

8 Art. 23 der Richtlinie 2004/18, der in Kapitel IV („Besondere Vorschriften über die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen") der Richtlinie enthalten ist, betrifft die technischen Spezifikationen in den Auftragsunterlagen; Art. 35 Abs. 4 der Richtlinie, der in Kapitel VI („Vorschriften über die Veröffentlichung und die Transparenz") der Richtlinie enthalten ist, bezieht sich auf die Informationspflichten der öffentlichen Auftraggeber bezüglich der Ergebnisse des Verfahrens zur Vergabe eines Auftrags.

Nationales Recht

9 Im finnischen Gesetz 1383/2001 über die Arbeitsgesundheitsfürsorge (Työterveyshuoltolaki) ist die Verpflichtung sowohl der öffentlichen als auch der privaten Arbeitgeber zur Organisation einer Arbeitsgesundheitsfürsorge für ihre Arbeitnehmer geregelt.

10 Gemäß § 3 Nr. 1 dieses Gesetzes ist Arbeitsgesundheitsfürsorge die vom Arbeitgeber zu organisierende Tätigkeit von Fachkräften und Sachverständigen der Arbeitsgesundheitsfürsorge, mit der die Vorbeugung gegen mit der Arbeit zusammenhängende Krankheiten und Unfälle, ein gesunder und sicherer Arbeitsplatz und ein

entsprechendes Arbeitsumfeld, das Funktionieren der Arbeitsgemeinschaft sowie die Gesundheit und die Arbeits- und Leistungsfähigkeit der Arbeitnehmer gefördert werden.

11 Gemäß § 4 Abs. 1 des Gesetzes über die Arbeitsgesundheitsfürsorge muss der Arbeitgeber auf seine Kosten eine Arbeitsgesundheitsfürsorge organisieren, um den durch die Arbeit und die Arbeitsverhältnisse verursachten Gesundheitsgefahren und -schäden vorzubeugen und sie zu bekämpfen und um die Sicherheit, die Arbeitsfähigkeit und die Gesundheit der Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern.

12 Gemäß § 7 des Gesetzes 1383/2001 kann der Arbeitgeber die Dienstleistungen der Arbeitsgesundheitsfürsorge im Sinne dieses Gesetzes organisieren, indem er die von ihm benötigten Dienstleistungen von einem „Gesundheitszentrum" im Sinne des Gesetzes 66/1972 über die Gesundheit der Bevölkerung (Kansanterveyslaki) bezieht, die von ihm benötigten Dienstleistungen der Arbeitsgesundheitsfürsorge selbst oder gemeinsam mit anderen Arbeitgebern organisiert oder die von ihm benötigten Dienstleistungen von einer sonstigen zur Erbringung von Dienstleistungen der Arbeitsgesundheitsfürsorge befugten Stelle oder Person bezieht.

13 Gemäß § 87a Abs. 1 des finnischen Gesetzes 365/1995 über die Kommunen (Kuntalaki) in der Fassung des Gesetzes 519/2007, in Kraft getreten am 15. Mai 2007, kann eine Gemeinde oder ein Zweckverband von Gemeinden einen kommunalen Wirtschaftsbetrieb zum Zweck der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit oder zur Erfüllung einer nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchzuführenden Aufgabe gründen. Die kommunalen Wirtschaftsbetriebe haben keine Rechtspersönlichkeit, sondern sind organisatorisch in die Gemeinde eingegliedert; für ihre Tätigkeit gelten die Rechtsvorschriften über die Tätigkeit der Gemeinde.

14 Die Richtlinie 2004/18 ist durch das Gesetz 348/2007 über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hankintalaki) in finnisches Recht umgesetzt worden; Art. 5 Abs. 1 dieses Gesetzes enthält eine Definition des Begriffs „öffentlicher Auftrag", der dem des Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 entspricht.

15 Nach den vorbereitenden Arbeiten zu diesem Gesetz (Vorlage der Regierung 50/2006 vp) ist ein Vertrag über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Allgemeinen ein privatrechtlicher Vertrag zwischen zwei verschiedenen Rechtspersonen. Daher seien organisationsinterne Verträge im Allgemeinen nicht als Verträge über die Vergabe öffentlicher Aufträge anzusehen. Ein Vertrag sei nicht als Vertrag über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags anzusehen, wenn sein Hauptzweck auf eine andere Tätigkeit als die Vergabe eines Auftrags gerichtet sei. Insbesondere sei zu prüfen, ob die Regelung oder der Vertragskomplex eine untrennbare Einheit bildeten, aus der sich die Vergabe nicht herauslösen lasse.

16 Gemäß seinem § 10 ist dieses Gesetz nicht auf Aufträge anwendbar, die der öffentliche Auftraggeber an eine Einrichtung vergibt, die formal von ihm getrennt ist und ihm gegenüber eigene Entscheidungsgewalt besitzt, über die er aber allein oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine Kontrolle wie über seine eigenen Dienststellen ausübt und die ihre Tätigkeit im Wesentlichen für die öffentlichen Auftraggeber verrichtet, deren Kontrolle sie untersteht. Mit dieser Bestimmung wird die nationale Regelung an die Rechtsprechung des Gerichtshofs (Urteil vom 18. November 1999, Teckal, C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50) angepasst.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

17 Der Stadtrat von Oulun kaupunki beschloss am 21. April 2008, mit dem privaten Partner ein Gemeinschaftsunternehmen zu gründen, das unter das Gesetz 624/2006 über die Aktiengesellschaft fallen und seine Tätigkeit am 1. Juni 2008 aufnehmen sollte. Beide Vertragspartner sollten zu gleichen Teilen an dem Gemeinschaftsunternehmen beteiligt sein und die Geschäftsleitung gemeinsam ausüben.

18 Die Tätigkeit des Gemeinschaftsunternehmens sollte in der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz bestehen, und die beiden Vertragspartner beabsichtigten, diese Tätigkeit in erster Linie und in

zunehmendem Maß auf private Kunden auszurichten. Sie verpflichteten sich jedoch, die Gesundheitsdienstleistungen, die sie als Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern nach den nationalen Vorschriften gewähren müssen, für eine Übergangszeit von vier Jahren (im Folgenden: Übergangszeit) von dem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen.

19 Oulun kaupunki zufolge wurde für die Übergangszeit ein Umsatz des Gemeinschaftsunternehmens von etwa 90 Millionen Euro erwartet, wovon 18 Millionen Euro auf den Wert der Dienstleistungen entfielen, die sie an ihre Arbeitnehmer erbringen müsse.

20 Die beiden Vertragspartner sollten ihre Betriebseinheiten, die dafür zuständig waren, die nach den anwendbaren nationalen Vorschriften vorgeschriebenen Gesundheitsdienstleistungen an ihre Arbeitnehmer zu erbringen, als Sacheinlage auf das Gemeinschaftsunternehmen übertragen. Daher übertrug Oulun kaupunki ihren Wirtschaftsbetrieb Oulun työterveys (im Folgenden: kommunaler Wirtschaftsbetrieb), der bei ihr für die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gesundheit am Arbeitsplatz zuständig war und dessen Wert zwischen 2,5 und 3,4 Millionen Euro betrug, auf das Gemeinschaftsunternehmen, während der private Partner seine entsprechende Betriebseinheit mit einem geschätzten Wert zwischen 2,2 und 3 Millionen Euro übertrug.

21 Oulun kaupunki zufolge machten die Dienstleistungen im Bereich Gesundheit am Arbeitsplatz, die ihren Beschäftigten erbracht wurden, etwa 38 % des Umsatzes des kommunalen Wirtschaftsbetriebs aus. Der übrige Umsatz werde durch Dienstleistungen an private Kunden erzielt.

22 Im Protokoll der Sitzung des Stadtrats von Oulun kaupunki, die zum Beschluss vom 21. April 2008 führte, heißt es:

„Die Parteien sind ferner übereingekommen, die Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz während einer Übergangszeit von vier

Jahren von de[m] [Gemeinschaftsunternehmen] zu beziehen. Die Stadt wird diese Dienstleistungen im gleichen Umfang beziehen wie bisher von dem jetzigen Wirtschaftsbetrieb … Das [Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge] schreibt vor, dass die Stadt ihre Dienstleistungen im Bereich Gesundheit am Arbeitsplatz öffentlich ausschreibt, wenn sie in die Verantwortung [des Gemeinschaftsunternehmens] übergegangen sind. Während der Übergangszeit ist es jedoch u. a. aus folgenden Gründen angezeigt, dass die Stadt Kundin des [Gemeinschaftsunternehmens] bleibt:

— Auf diese Weise wird die Stellung der von der Stadt [in das Gemeinschaftsunternehmen] wechselnden Beschäftigten gesichert.

— Der jetzige Vertrag der Stadt ist vorteilhaft und wettbewerbsfähig.

— Es werden gute Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeit [des Gemeinschaftsunternehmens] geschaffen."

23 Diesem Protokoll zufolge unterzeichnete Oulun kaupunki am 24. April 2008 einen Vertrag mit dem privaten Partner, in dem sie sich verpflichtete, die Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz für ihre Bediensteten während der Übergangszeit von dem zu gründenden Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen. Nach Ablauf dieser Übergangszeit beabsichtigte Oulun kaupunki nach eigenen Angaben, diese Dienstleistungen im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszuschreiben.

24 Somit ergibt sich aus diesem Protokoll, dass Oulun kaupunki als öffentliche Auftraggeberin die Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz, die sie ihren Arbeitnehmern nach den nationalen Vorschriften gewähren

musste, für die Übergangszeit nicht ausgeschrieben hat. Auch der private Partner wurde nicht auf eine Ausschreibung hin ausgewählt.

25 Auf Antrag von Konkurrenzunternehmen, die daran interessiert waren, Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz an die Beschäftigten von Oulun kaupunki zu erbringen, untersagte das vorlegende Gericht Oulun kaupunki unter Androhung eines Bußgelds von 200 000 Euro bis auf Weiteres, den Beschluss des Stadtrats vom 21. April 2008 auf irgendeine Weise auszuführen, soweit er den Bezug von Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz für ihre Beschäftigten durch Oulun kaupunki vom Gemeinschaftsunternehmen betrifft. Am 26. August 2008 beschloss Oulun kaupunki, die Geschäftstätigkeit des kommunalen Wirtschaftsbetriebs dergestalt auf das Gemeinschaftsunternehmen zu übertragen, dass die Arbeitsgesundheitsfürsorge für ihre Beschäftigten bis zur endgültigen Entscheidung des angerufenen Gerichts von der Übertragung ausgenommen bleibt.

26 Angesichts der gegensätzlichen Argumente, die die Parteien des Ausgangsverfahrens zum Wesen des streitigen Vorgangs im Licht der Unionsvorschriften über öffentliche Aufträge vorgebracht haben, hat das Markkinaoikeus beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Handelt es sich bei einer Regelung, in deren Rahmen ein kommunaler öffentlicher Auftraggeber mit einem ihm gegenüber eigenständigen privaten Unternehmen in Form einer Gesellschaft einen Vertrag über die Gründung eines neuen Unternehmens in Form einer Aktiengesellschaft schließt, an dem beide im Hinblick auf Anteile und Entscheidungsbefugnisse in gleichem Umfang beteiligt sind und dessen Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz für seine Bediensteten zu beziehen sich der kommunale öffentliche Auftraggeber bei Gründung des Unternehmens verpflichtet, insgesamt betrachtet um eine Regelung, die eine Ausschreibung erfordert, weil sich diese vertragliche Gesamtregelung als Vergabe eines Dienstleistungsauftrags im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG darstellt, oder handelt es sich um die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens und die Übertragung der Geschäftstätigkeit eines kommunalen Wirtschaftsbetriebs, auf den die genannte Richtlinie und die sich aus ihr ergebende Verpflichtung zu einer Ausschreibung keine Anwendung finden?

2. Ist im vorliegenden Fall darüber hinaus von Bedeutung, dass

   a) sich Oulun kaupunki als kommunale Auftraggeberin verpflichtet hat, die oben genannten Dienstleistungen gegen Entgelt während einer Übergangszeit von vier Jahren zu beziehen, nach deren Ablauf sie gemäß ihrem Beschluss beabsichtigt, die von ihr benötigten Dienstleistungen der Arbeitsgesundheitsfürsorge wieder auszuschreiben,

   b) der Umsatz des kommunalen Wirtschaftsbetriebs, der organisatorisch zu Oulun kaupunki gehörte, vor der fraglichen Regelung zum größten Teil durch andere Leistungen als die für die Bediensteten der Stadt erbrachten Dienstleistungen der Arbeitsgesundheitsfürsorge erzielt wurde,

   c) das neue Unternehmen in der Weise gegründet wird, dass die Geschäftstätigkeit des kommunalen Wirtschaftsbetriebs, die in Dienstleistungen der Arbeitsgesundheitsfürsorge sowohl für die Arbeitnehmer der Stadt als auch für private Kunden besteht, als Sacheinlage übertragen werden soll?

Zu den Vorlagefragen

27 Mit den beiden Vorlagefragen, die gemeinsam zu prüfen sind, möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass sie auf eine Vereinbarung Anwendung findet, in deren Rahmen ein öffentlicher Auftraggeber mit einer privaten, von ihm unabhängigen Einrichtung einen Vertrag über die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in der Form einer Aktiengesellschaft schließt und sich bei der Gründung dieses Unternehmens verpflichtet, die Dienstleistungen im

Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz, die er seinen Arbeitnehmern gewähren muss, von diesem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen.

28 Aus dem Wortlaut dieser Fragen und dem Zusammenhang, in dem sie stehen, ergibt sich, dass sie sich insbesondere auf die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz durch das Gemeinschaftsunternehmen an Oulun kaupunki für deren Beschäftigte beziehen, da dies der von der Stadt eingegangenen Verpflichtung entspricht, diese Dienstleistungen, die ihr zuvor von einem organisatorisch in sie eingegliederten kommunalen Wirtschaftsbetrieb erbracht worden waren, während einer Übergangszeit von vier Jahren von dem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen.

29 Zunächst ist festzustellen, dass Oulun kaupunki im Ausgangsverfahren öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Art. 1 Abs. 9 der Richtlinie 2004/18 ist und dass die fraglichen Dienstleistungen unter den Begriff „Gesundheitswesen" im Sinne der Kategorie 25 des Anhangs II Teil B dieser Richtlinie fallen. Die Verpflichtung von Oulun kaupunki, die betreffenden Dienstleistungen für ihre Beschäftigten von dem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen, impliziert, dass ein entgeltlicher Vertrag zwischen Oulun kaupunki und diesem Unternehmen besteht. Darüber hinaus ergibt sich aus den Angaben des vorlegenden Gerichts, dass der geschätzte Wert dieses Vertrags von etwa 18 Millionen Euro die maßgebliche Schwelle der Richtlinie 2004/18 überschreitet.

30 Zudem ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2004/18 nicht zwischen öffentlichen Aufträgen unterscheidet, die ein öffentlicher Auftraggeber vergibt, um seine im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben zu erfüllen, und solchen Aufträgen, die nicht im Zusammenhang mit diesen Aufgaben stehen, wie etwa — wie im vorliegenden Fall — die Erfüllung einer Verpflichtung, die ihm als Arbeitgeber gegenüber seinen Arbeitnehmern obliegt (vgl. u. a. Urteil vom 15. Juli 2010, Kommission/Deutschland, C-271/08, Slg. 2019, I-7091, Randnr. 73 und die dort angeführte Rechtsprechung).

31 Dies vorausgeschickt, ist darauf hinzuweisen, dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann, ohne gezwungen zu sein, sich an externe Einrichtungen zu wenden, die nicht zu ihren Dienststellen gehören (Urteil vom 9. Juni 2009, Kommission/Deutschland, C-480/06, Slg. 2009, I-4747, Randnr. 45). Zudem steht es den öffentlichen Verwaltungen nach Nr. 1 der Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die Anwendung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen auf institutionalisierte öffentlich-private Partnerschaften (IÖPP) (ABl. 2008 C 91, S. 4) frei, eine Wirtschaftstätigkeit selbst auszuüben oder sie einem Dritten, beispielsweise einem im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft gegründeten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, zu übertragen.

32 Darüber hinaus ist die Anwendung des Unionsrechts im Bereich der öffentlichen Aufträge zwar ausgeschlossen, wenn der öffentliche Auftraggeber über den Auftragnehmer eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen und wenn der Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den Auftraggeber verrichtet, der seine Anteile innehat (vgl. Urteil Teckal, Randnr. 50). Eine — auch minderheitliche — Beteiligung eines privaten Unternehmens am Grundkapital einer Gesellschaft, an der auch der betreffende öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, schließt jedoch aus, dass dieser über die Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausüben kann wie über seine eigenen Dienststellen (vgl. u. a. Urteile vom 10. September 2009, Sea, C-573/07, Slg. 2009, I-8127, Randnr. 46, und vom 15. Oktober 2009, Acoset, C-196/08, Slg. 2009, I-9913, Randnr. 53).

33 Was insbesondere die Frage des vorlegenden Gerichts betrifft, ob die Verpflichtung von Oulun kaupunki, die Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz, die sie ihren Arbeitnehmern gewähren muss, während der Übergangszeit von dem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen, deswegen aus dem Anwendungsbereich der Vorschriften der Richtlinie 2004/18 herausfällt weil sie Bestandteil des Vertrags über die Gründung des Gemeinschaftsunternehmens ist, ist darauf hinzuweisen, dass die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens durch einen öffentlichen Auftraggeber und einen privaten Wirtschaftsteilnehmer als solche nicht unter die Richtlinie 2004/18 fällt. Darauf wird im Übrigen in Nr. 66 des Grünbuchs der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den

gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen (COM[2004] 327 endg.) hingewiesen.

34 Nach Nr. 69 dieses Grünbuchs sollte man sich jedoch vergewissern, dass eine Kapitalübertragung nicht in Wirklichkeit als Deckmantel für die Übertragung von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen an einen privaten Partner dient. Wie in Punkt 2.1 der oben genannten Mitteilung der Kommission ausgeführt wird, kann im Übrigen die Tatsache, dass eine private Partei und ein öffentlicher Auftraggeber im Rahmen eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens zusammenarbeiten, nicht dazu führen, dass die rechtlichen Bestimmungen über öffentliche Aufträge bei der Vergabe eines solchen Auftrags an die betreffende private Partei oder das gemischtwirtschaftliche Unternehmen unbeachtet bleiben (vgl. in diesem Sinne Urteil Acoset, Randnr. 57).

35 In Anbetracht dieser allgemeinen Leitlinien ist zu bestimmen, ob und inwieweit die Richtlinie 2004/18 im Rahmen des Ausgangsverfahrens Anwendung finden kann.

36 Hierzu ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass ein gemischter Vertrag, dessen einzelne Teile untrennbar miteinander verbunden sind und somit ein unteilbares Ganzes bilden, im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit und einheitlich zu prüfen und auf der Grundlage der Vorschriften über öffentliche Aufträge, die den Teil regeln, der seinen Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil bildet, zu untersuchen ist (Urteil vom 6. Mai 2010, Club Hotel Loutraki u. a., C-145/08 und C-149/08, Slg. 2010, I-4165, Randnrn. 48 und 49 und die dort angeführte Rechtsprechung).

37 Daraus folgt, dass im Hinblick auf die Anwendung der Richtlinie 2004/18 zu prüfen ist, ob sich der Teil, der die Gesundheitsdienstleistungen für die Beschäftigten von Oulun kaupunki betrifft und der grundsätzlich unter diese Richtlinie fällt, von dem Vertrag trennen lässt.

38 Hierzu ist das Protokoll der Sitzung des Stadtrats von Oulun kaupunki vom 21. April 2008 heranzuziehen, aus dem die Gründe für die von der Stadt bei der Gründung des Gemeinschaftsunternehmens eingegangene Verpflichtung hervorgehen. Darüber hinaus ergibt sich aus den Erläuterungen von Oulun kaupunki in der mündlichen Verhandlung, dass sie diesen Teil des Vertrags deswegen als unabtrennbar ansieht, weil der Wert der Verpflichtung, Gesundheitsdienstleistungen während der Übergangszeit von dem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen, Teil ihrer Sacheinlage in das Kapital dieses Unternehmens gewesen sei und diese Sacheinlage wirtschaftlich eine Bedingung für dessen Gründung dargestellt habe.

39 Es reicht allerdings nicht aus, dass die Absicht der Vertragsparteien, die verschiedenen Teile eines gemischten Vertrags als untrennbar zu betrachten, zum Ausdruck gebracht oder vermutet wird; diese Absicht muss sich vielmehr auf objektive Gesichtspunkte stützen, die sie rechtfertigen und die Notwendigkeit begründen können, einen einheitlichen Vertrag abzuschließen.

40 Zu dem Argument von Oulun kaupunki, wonach die Stellung der von der Stadt in das Gemeinschaftsunternehmen wechselnden Beschäftigten durch die eingegangene Verpflichtung gesichert werde, ist darauf hinzuweisen, dass für diese Sicherung auch im Rahmen eines dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot genügenden Vergabeverfahrens hätte gesorgt werden können, in dem das Erfordernis dieser Sicherung zu den Bedingungen für die Auftragsvergabe gezählt hätte.

41 Was die Argumente von Oulun kaupunki betrifft, wonach „[d]er jetzige Vertrag der Stadt … vorteilhaft und wettbewerbsfähig“ sei und „gute Voraussetzungen für die Aufnahme der Tätigkeit [des Gemeinschaftsunternehmens] geschaffen [würden]“, ergibt sich aus der Rechtsprechung, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen ohne Ausschreibung das Ziel eines freien und unverfälschten Wettbewerbs und den Grundsatz der Gleichbehandlung der Interessenten beeinträchtigen würde, weil ein solches Verfahren einem am Kapital dieses Unternehmens beteiligten privaten Unternehmen einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen würde (Urteil Acoset, Randnr. 56 und die dort angeführte

Rechtsprechung). Solche Argumente lassen nicht den Schluss zu, dass sich der Teil, der die Gesundheitsdienstleistungen für die Beschäftigten von Oulun kaupunki betrifft, nicht von dem Rest des Vertrags trennen ließe.

42 Unter diesen Umständen stellt die behauptete, aber nicht nachgewiesene Einbeziehung des Werts der von Oulun kaupunki eingegangenen Verpflichtung in ihre Sacheinlage in das Kapital des Gemeinschaftsunternehmens eine Rechtstechnik dar, die es ebenfalls nicht erlaubt, diesen Teil des gemischten Vertrags als von diesem untrennbar anzusehen.

43 Wie die tschechische Regierung und die Kommission geltend gemacht haben, bestätigt darüber hinaus der Umstand, dass die öffentliche Auftraggeberin im Ausgangsverfahren erklärt hat, die Dienstleistungen der Arbeitsgesundheitsfürsorge für ihre Beschäftigten nach Ablauf der Übergangszeit ausschreiben zu wollen, die Abtrennbarkeit dieses Teils von dem Rest des gemischten Vertrags.

44 Dass das Gemeinschaftsunternehmen seit August 2008 ohne diesen Teil tätig ist, zeigt ferner, dass die beiden Partner offenbar in der Lage sind, den Auswirkungen zu begegnen, die dies möglicherweise auf die finanzielle Situation des Gemeinschaftsunternehmens hat, was ein weiteres stichhaltiges Indiz für die Abtrennbarkeit dieses Teils darstellt.

45 Anders als aus den Umständen, die dem oben genannten Urteil Loutraki u. a. zugrunde lagen, ergibt sich aus diesen Feststellungen objektiv nicht, dass der im Ausgangsverfahren in Rede stehende gemischte Vertrag mit einem einzigen Partner geschlossen werden musste (vgl. in diesem Sinne Urteil Loutraki u. a., Randnr. 53).

46 Da sich der Teil des gemischten Vertrags, in dem Oulun kaupunki sich verpflichtet, die Gesundheitsdienstleistungen für ihre Beschäftigten von dem Gemeinschaftsunternehmen zu beziehen, somit von diesem Vertrag abtrennen lässt, finden die einschlägigen Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 in einem Kontext wie dem des Ausgangsverfahrens auf die Vergabe dieses Teils Anwendung.

47 Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass die Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass ein öffentlicher Arbeitgeber, wenn er mit einem von ihm unabhängigen privaten Unternehmen einen Vertrag über die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in der Form einer Aktiengesellschaft schließt, dessen Gegenstand die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz ist, den Auftrag über die Dienstleistungen für seine eigenen Beschäftigten, dessen Wert die von dieser Richtlinie vorgesehene Schwelle überschreitet und der sich von dem Vertrag zur Gründung dieses Unternehmens trennen lässt, unter Einhaltung der Bestimmungen der genannten Richtlinie vergeben muss, die für die unter ihren Anhang II Teil B fallenden Dienstleistungen gelten.

Kosten

48 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Dritte Kammer) für Recht erkannt:

Die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher

Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Arbeitgeber, wenn er mit einem von ihm unabhängigen privaten Unternehmen einen Vertrag über die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens in der Form einer Aktiengesellschaft schließt, dessen Gegenstand die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Gesundheit und Wohlbefinden am Arbeitsplatz ist, den Auftrag über die Dienstleistungen für seine eigenen Beschäftigten, dessen Wert die von dieser Richtlinie vorgesehene Schwelle überschreitet und der sich von dem Vertrag zur Gründung dieses Unternehmens trennen lässt, unter Einhaltung der Bestimmungen der genannten Richtlinie vergeben muss, die für die unter ihren Anhang II Teil B fallenden Dienstleistungen gelten.

Unterschriften