# ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τρίτο τμήμα)

της 22ας Δεκεμβρίου 2010 *

Στην υπόθεση C-215/09,

με αντικείμενο αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, που υπέβαλε το markkinaoikeus (Φινλανδία) με απόφαση της 12ης Ιουνίου 2009, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 15 Ιουνίου 2009, στο πλαίσιο της δίκης

**Mehiläinen Oy,**

**Terveystalo Healthcare Oy,** πρώην Suomen Terveystalo Oyj,

κατά

**Oulun kaupunki,**

* Γλώσσα διαδικασίας: η φινλανδική.

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τρίτο τμήμα),

συγκείμενο από τους K. Lenaerts, πρόεδρο τμήματος, E. Juhász (εισηγητή), Γ. Αρέστη, J. Malenovský και T. von Danwitz, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: J. Mazák
γραμματέας: N. Nanchev, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 17ης Ιουνίου 2010,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που κατέθεσαν:

— οι Mehiläinen Oy και Terveystalo Healthcare Oy (πρώην Suomen Terveystalo Oyj), εκπροσωπούμενοι από τους A. Laine και A. Kuusniemi-Laine, asianajaja,

— ο Oulun kaupunki, εκπροσωπούμενος από τους S. Rasinkangas και I. Korpinen, asianajaja,

— η Φινλανδική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τις A. Guimaraes-Purokoski και M. Pere,

— η Τσεχική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Smolek,

— η Ευρωπαϊκή Επιτροπή, εκπροσωπούμενη από τους E. Paasivirta, C. Zadra και D. Kukovec,

κατόπιν της αποφάσεως που έλαβε, αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα, να εκδικάσει την υπόθεση χωρίς ανάπτυξη προτάσεων,

εκδίδει την ακόλουθη

**Απόφαση**

1 Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία των κρίσιμων, λαμβανομένων υπόψη των περιστάσεων της κύριας δίκης, διατάξεων της οδηγίας 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, για τον συντονισμό των διαδικασιών για τη σύναψη συμβάσεων που αφορούν δημόσια έργα, προμήθειες και υπηρεσίες (ΕΕ L 134, σ. 114).

2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο της ένδικης διαφοράς μεταξύ των Mehiläinen Oy και Terveystalo Healthcare Oy, πρώην Suomen Terveystalo Oyj, ανώνυμων εταιριών του φινλανδικού δικαίου, και του Oulun kaupunki (Δήμου του Oulu), με

αντικείμενο τον νομικό χαρακτηρισμό, υπό το πρίσμα των διατάξεων της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, συμβατικού διακανονισμού μεταξύ του Oulun kaupunki και της ODL Terveys Oy, εταιρίας ιδιωτικού δικαίου ανεξάρτητης από τον εν λόγω δήμο (στο εξής: ιδιώτης εταίρος) σχετικά με τη σύσταση κοινής εταιρίας, της ODL Oulun Työterveys Oy (στο εξής: κοινή εταιρία).

## Το νομικό πλαίσιο

### *Το δίκαιο της Ένωσης*

3 Κατά τους ορισμούς του άρθρου 1, παράγραφος 2, της οδηγίας 2004/18:

«α) Οι “δημόσιες συμβάσεις” είναι συμβάσεις εξ επαχθούς αιτίας οι οποίες συνάπτονται γραπτώς μεταξύ ενός ή περισσοτέρων οικονομικών φορέων και μιας ή περισσοτέρων αναθετουσών αρχών και έχουν ως αντικείμενο την εκτέλεση έργων, την προμήθεια προϊόντων ή την παροχή υπηρεσιών κατά την έννοια της παρούσας οδηγίας.

[...]

δ) Οι “δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών” είναι δημόσιες συμβάσεις, πλην των δημόσιων συμβάσεων έργων ή προμηθειών που έχουν ως αντικείμενο την παροχή των υπηρεσιών που αναφέρονται στο παράρτημα ΙΙ.

[...]»

4 Το άρθρο 2 της οδηγίας αυτής, με τίτλο «Αρχές που διέπουν τη σύναψη συμβάσεων», προβλέπει:

«Οι αναθέτουσες αρχές αντιμετωπίζουν τους οικονομικούς φορείς ισότιμα και χωρίς διακρίσεις και ενεργούν με διαφάνεια.»

5 Δυνάμει του άρθρου 7 της ίδιας οδηγίας, με τίτλο «Ποσά των κατώτατων ορίων των δημοσίων συμβάσεων», όπως τροποποιήθηκε με τον κανονισμό (ΕΚ) 1422/2007 της Επιτροπής, της 4ης Δεκεμβρίου 2007, για την τροποποίηση των οδηγιών 2004/17/ΕΚ και 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου όσον αφορά τα κατώτατα όρια εφαρμογής τους κατά τις διαδικασίες σύναψης συμβάσεων (ΕΕ L 317, σ. 34), η οδηγία 2004/18 εφαρμόζεται στις δημόσιες συμβάσεις υπηρεσιών που συνάπτονται από αναθέτουσες αρχές που δεν είναι κεντρικές κυβερνητικές αρχές, των οποίων το προϋπολογιζόμενο ύψος, εκτός του φόρου προστιθέμενης αξίας (ΦΠΑ), είναι ίσο ή μεγαλύτερο των 206 000 ευρώ.

6 Κατά το παράρτημα ΙΙ Β της οδηγίας 2004/18, οι υπηρεσίες υγείας εμπίπτουν στην κατηγορία 25 του εν λόγω παραρτήματος, με τίτλο «Κοινωνικές και υγειονομικές υπηρεσίες».

7 Κατά το άρθρο 21 της εν λόγω οδηγίας:

«Η σύναψη των συμβάσεων που έχουν ως αντικείμενο υπηρεσίες του παραρτήματος ΙΙ Β υπόκειται αποκλειστικά στο άρθρο 23 και στο άρθρο 35, παράγραφος 4.»

8 Το άρθρο 23 της οδηγίας 2004/18, υπαγόμενο στο κεφάλαιο IV αυτής με τίτλο «Ειδικοί κανόνες σχετικά με τη συγγραφή υποχρεώσεων και τα έγγραφα της συμβάσεως», αφορά τις τεχνικές προδιαγραφές που περιλαμβάνονται στα έγγραφα της συμβάσεως και το άρθρο 35, παράγραφος 4, της ίδιας οδηγίας, το οποίο περιλαμβάνεται στο κεφάλαιο VI αυτής με τίτλο «Κανόνες δημοσιότητας και διαφάνειας», αφορά τις υποχρεώσεις ενημερώσεως των αναθετουσών αρχών σχετικά με τα αποτελέσματα της διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως.

*Η εθνική νομοθεσία*

9 Ο φινλανδικός νόμος 1383/2001 περί μέριμνας για την υγεία στους χώρους εργασίας (Työterveyshuoltolaki) επιβάλλει στους υπαγόμενους στο δημόσιο και ιδιωτικό δίκαιο εργοδότες την υποχρέωση να μεριμνούν για την υγεία των εργαζομένων στους χώρους εργασίας.

10 Κατά το άρθρο 3, παράγραφος 1, του νόμου αυτού, η μέριμνα για την υγεία στους χώρους εργασίας είναι η δραστηριότητα εξειδικευμένου προσωπικού και εμπειρογνωμόνων στον τομέα της μέριμνας για την υγεία στους χώρους εργασίας, την οποία πρέπει να οργανώσει ο εργοδότης και με την οποία προάγονται η πρόληψη των συνδεομένων με την εργασία ασθενειών και ατυχημάτων, η εξασφάλιση υγείας

και ασφάλειας στους χώρους εργασίας και ένα αντίστοιχο εργασιακό περιβάλλον, η λειτουργικότητα της εργατικής κοινότητας καθώς και η υγεία και η ικανότητα προς εργασία και η αποδοτικότητα των εργαζομένων.

11 Δυνάμει του άρθρου 4, πρώτο εδάφιο, του εν λόγω νόμου, ο εργοδότης οφείλει να οργανώσει, με έξοδά του, τη μέριμνα για την υγεία στους χώρους εργασίας, προκειμένου να προλάβει και να αντιμετωπίσει τους κινδύνους και τις βλάβες για την υγεία που προκαλούν η εργασία και οι συνθήκες εργασίας και να προστατεύσει και να προαγάγει την ασφάλεια, την ικανότητα προς εργασία και την υγεία των εργαζομένων.

12 Κατά το άρθρο 7 του νόμου 1383/2001, ο εργοδότης μπορεί να ζητεί την παροχή των αναγκαίων υπηρεσιών για τη διασφάλιση της υγείας στους χώρους εργασίας υπό την έννοια του νόμου αυτού, κατά τρόπον ώστε να εξασφαλίζει την παροχή των αναγκαίων υπηρεσιών από ένα «κέντρο υγείας» υπό την έννοια του νόμου 66/1972 περί δημόσιας υγείας (Kansanterveyslaki), να οργανώνει ο ίδιος ή από κοινού με άλλους εργοδότες την παροχή των αναγκαίων υπηρεσιών ή να εξασφαλίζει την παροχή των υπηρεσιών αυτών από άλλο πρόσωπο ή οντότητα που έχει σχετική αρμοδιότητα.

13 Κατά το άρθρο 87a, παράγραφος 1, του φινλανδικού νόμου 365/1995 περί δήμων (Kuntalaki), όπως τροποποιήθηκε με τον νόμο 519/2007, ο οποίος τέθηκε σε ισχύ στις 15 Μαΐου 2007, οι δήμοι ή οι σύνδεσμοι δήμων μπορούν να συστήνουν δημοτικές επιχειρήσεις με σκοπό την άσκηση οικονομικής δραστηριότητας ή την εκπλήρωση καθήκοντος σύμφωνα με τις αρχές της ιδιωτικής οικονομίας. Οι δημοτικές υπηρεσίες δεν έχουν νομική προσωπικότητα, αλλά, από οργανικής απόψεως, ενσωματώνονται στον δήμο και οι δραστηριότητές τους διέπονται από τους κανόνες στους οποίους υπόκεινται οι δραστηριότητες του δήμου.

14 Η οδηγία 2004/18 μεταφέρθηκε στο φινλανδικό δίκαιο με τον νόμο 348/2007 περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων (Hankintalaki), το άρθρο 5, παράγραφος 1, του οποίου περιλαμβάνει ορισμό της έννοιας «δημόσια σύμβαση» που αντιστοιχεί στον ορισμό του άρθρου 1, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, της οδηγίας αυτής.

15 Όπως προκύπτει από τις προπαρασκευαστικές εργασίες τις σχετικές με την έκδοση του νόμου αυτού (κυβερνητικό νομοσχέδιο 50/2006 vp), ως δημόσια σύμβαση νοείται γενικώς σύμβαση ιδιωτικού δικαίου μεταξύ δύο διακριτών νομικών προσώπων. Κατά συνέπεια, οι εσωτερικές συμφωνίες δεν πρέπει κανονικά να θεωρούνται δημόσιες συμβάσεις. Μία σύμβαση δεν είναι δυνατό να θεωρηθεί δημόσια σύμβαση, εάν δεν έχει ως κύριο αντικείμενο την ανάθεση έργου, υπηρεσίας ή προμήθειας. Πρέπει να εξεταστεί, ειδικότερα, αν η συγκεκριμένη συμφωνία ή το πλέγμα των συμφωνιών αποτελούν μια ενότητα, από την οποία δεν είναι δυνατό να διαχωριστεί η επίμαχη σύμβαση.

16 Κατά το άρθρο 10 ο νόμος αυτός δεν εφαρμόζεται σε συμβάσεις τις οποίες η αναθέτουσα αρχή συνάπτει με φορέα τύποις διακριτό από αυτήν και αυτόνομο ως προς την λήψη αποφάσεων, επί του οποίου όμως αυτή, μόνη ή από κοινού με άλλες αναθέτουσες αρχές, ασκεί έλεγχο ανάλογο προς εκείνον που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών, εφόσον ο διακριτός αυτός φορέας αναπτύσσει το κύριο μέρος της δραστηριότητάς του από κοινού με την αναθέτουσα αρχή. Η διάταξη αυτή συνιστά προσαρμογή της εθνικής νομοθεσίας στη νομολογία του Δικαστηρίου (απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-107/98, Teckal, Συλλογή 1999, σ. I-8121, σκέψη 50).

**Η διαφορά της κύριας δίκης και τα προδικαστικά ερωτήματα**

17 Το δημοτικό συμβούλιο του Oulun kaupunki αποφάσισε στις 21 Απριλίου 2008 να συστήσει, από κοινού με τον ιδιώτη εταίρο, κοινή εταιρία η οποία θα διεπόταν από τον νόμο 624/2006 περί ανωνύμων εταιριών και θα ξεκινούσε τις δραστηριότητές της την 1η Ιουνίου 2008. Το κεφάλαιο της κοινής εταιρίας θα κατανεμόταν σε κατ' ισομοιρία μερίδια στους δύο εταίρους, οι οποίοι θα την διαχειρίζονταν από κοινού.

18 Η δραστηριότητα της κοινής εταιρίας θα συνίστατο στην παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και ευεξίας στους χώρους εργασίας, πρόθεση δε των δύο εταίρων ήταν η δραστηριότητά τους να κατευθύνεται, κυρίως και κατά αύξουσα τάση, σε ιδιώτες.

Εντούτοις, κατά τη διάρκεια μεταβατικής περιόδου τεσσάρων ετών (στο εξής: μεταβατική περίοδος) ανέλαβαν τη δέσμευση να απευθύνονται στην κοινή εταιρία για τις υπηρεσίες στον τομέα της υγείας, την παροχή των οποίων όφειλαν ως εργοδότες να διασφαλίζουν στους εργαζομένους τους σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία.

19 Κατά τον Oulun kaupunki, ο κύκλος εργασιών της κοινής εταιρίας υπολογιζόταν ότι θα ανερχόταν σε περίπου 90 εκατομμύρια ευρώ κατά τη μεταβατική περίοδο, εκ των οποίων 18 εκατομμύρια ευρώ θα αντιπροσώπευαν την αξία των υπηρεσιών που ο εν λόγω δήμος όφειλε να παράσχει στους εργαζομένους του.

20 Οι δύο εταίροι έπρεπε να μεταφέρουν στην κοινή εταιρία, υπό τη μορφή εισφοράς σε είδος, τις αντίστοιχες μονάδες τους που ήταν επιφορτισμένες στο πλαίσιό τους να παρέχουν υπηρεσίες στον τομέα της υγείας στους εργαζομένους τους, σύμφωνα με την εφαρμοστέα εθνική νομοθεσία. Κατά συνέπεια, ο Oulun kaupunki μεταβίβασε στην κοινή εταιρία τη δημοτική υπηρεσία Oulun Työterveys (στο εξής: δημοτική υπηρεσία), επιφορτισμένη, εντός αυτού, με την παροχή υπηρεσιών υγείας στους χώρους εργασίας, η αξία των οποίων ανερχόταν από 2,5 έως 3,4 εκατομμύρια ευρώ, ενώ ο ιδιώτης εταίρος μεταβίβασε την αντίστοιχη μονάδα του, αξίας από 2,2 έως 3 εκατομμύρια ευρώ.

21 Κατά τον Oulun kaupunki, οι υπηρεσίες στον τομέα της υγείας στους χώρους εργασίας που παρέχονται στους εργαζομένους του δήμου ανέρχονται περίπου στο 38 % του κύκλου εργασιών της δημοτικής υπηρεσίας. Ο κύκλος εργασιών θα συμπληρωνόταν από την παροχή υπηρεσιών σε ιδιώτες πελάτες.

22 Στα πρακτικά της συνεδριάσεως του δημοτικού συμβουλίου του Oulun kaupunki, κατά την οποία ελήφθη η από 21 Απριλίου 2008 απόφαση, αναφέρονται τα εξής:

«Οι συμβαλλόμενοι συμφώνησαν περαιτέρω να απευθύνονται, για την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και ευεξίας στους χώρους εργασίας, κατά τη διάρκεια

μεταβατικής περιόδου τεσσάρων ετών [στην κοινή εταιρία]. Ο Oulun kaupunki θα απευθύνεται για τις υπηρεσίες αυτές στον ίδιο βαθμό όπως μέχρι τούδε αποκλειστικώς στη δημοτική υπηρεσία [….]. Ο [νόμος περί συνάψεως δημοσίων συμβάσεων] προβλέπει ότι ο Oulun kaupunki θα προκηρύξει διαγωνισμό για την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας στους χώρους εργασίας, μόλις αυτές μεταβιβασθούν στην [κοινή εταιρία]. Πάντως, κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου ενδείκνυται για τους εξής λόγους, να παραμείνει ο Oulun kaupunki πελάτης της [κοινής εταιρίας]:

— κατά τον τρόπο αυτόν εξασφαλίζεται η υπηρεσιακή κατάσταση όσων εργαζομένων μεταφερθούν από τον Δήμο·

— οι όροι της παρούσας συμβάσεως του Oulun kaupunki είναι συμφέροντες και ανταγωνιστικοί·

— [η κοινή εταιρία] αρχίζει τη δραστηριότητά της υπό ευνοϊκές προϋποθέσεις.»

23 Σε συμφωνία με το ως άνω πρακτικό, ο Oulun kaupunki συνήψε, στις 24 Απριλίου 2008, με τον ιδιώτη εταίρο συμφωνία με την οποία δεσμεύθηκε να αναθέσει στη μέλλουσα εταιρία την παροχή στους υπαλλήλους του δήμου υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και ευεξίας στους χώρους εργασίας, κατά τη διάρκεια μεταβατικής περιόδου τεσσάρων ετών. Μετά τη λήξη της μεταβατικής αυτής περιόδου, ο Oulun kaupunki προετίθετο, κατά τους ισχυρισμούς του, να προκηρύξει διαγωνισμό για την ανάθεση των επίμαχων υπηρεσιών.

24 Συνάγεται συνεπώς από το εν λόγω πρακτικό συνεδριάσεως ότι ο Oulun kaupunki δεν προκήρυξε ως αναθέτουσα αρχή δημόσιο διαγωνισμό για τις υπηρεσίες στον τομέα της υγείας και ευεξίας στους χώρους εργασίας, την παροχή των οποίων όφειλε

να διασφαλίσει στους εργαζομένους του, σύμφωνα με την εθνική νομοθεσία. Δεν αμφισβητείται επίσης ότι η επιλογή του ιδιώτη εταίρου δεν έγινε βάσει διαγωνισμού.

25 Επιληφθέν κατόπιν προσφυγών που άσκησαν ανταγωνίστριες εταιρίες, οι οποίες ενδιαφέρονταν για την παροχή στους υπαλλήλους του Oulun kaupunki υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρους εργασίας, το αιτούν δικαστήριο του απαγόρευσε προσωρινά, επ' απειλή προστίμου 200 000 ευρώ, να εφαρμόσει κατ' οιονδήποτε τρόπο την από 21 Απριλίου 2008 απόφαση του δημοτικού συμβουλίου, καθόσον αφορούσε την ανάθεση της παροχής υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρους εργασίας στους υπαλλήλους του εν λόγω δήμου. Εν αναμονή της οριστικής αποφάσεως του αιτούντος δικαστηρίου, ο Oulun kaupunki αποφάσισε, στις 26 Αυγούστου 2008, να μεταβιβάσει στην κοινή εταιρία τις δραστηριότητες της δημοτικής υπηρεσίας, αποκλείοντας όμως από τη μεταβίβαση αυτή την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας στους υπαλλήλους του.

26 Δεδομένων των αντικρουόμενων επιχειρημάτων που προέβαλαν οι διάδικοι στην κύρια δίκη όσον αφορά τη φύση της επίμαχης πράξεως υπό το πρίσμα του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων, το markkinaoikeus αποφάσισε να αναστείλει την εκδίκαση της υποθέσεως και να θέσει στο Δικαστήριο τα εξής προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Συνιστά σύμβαση για την οποία πρέπει να διενεργείται διαγωνισμός συμβατικός διακανονισμός, συνολικώς εξεταζόμενος, στο πλαίσιο του οποίου ενεργών ως αναθέτουσα αρχή δήμος συνάπτει σύμβαση με ιδιωτική εταιρία έχουσα χωριστή νομική προσωπικότητα με σκοπό τη σύσταση νέας εταιρίας υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρίας ανήκουσας κατ' ισομοιρία στα συμβαλλόμενα μέρη την οποία τα μέρη αυτά ελέγχουν από κοινού όσον αφορά τη λήψη των αποφάσεων, προβλεπομένου ότι, από της συστάσεως της νέας εταιρίας, ο έχων την ιδιότητα της αναθέτουσας αρχής δήμος έχει την υποχρέωση να απευθύνεται στην εταιρία αυτή για την παροχή στους εργαζομένους του υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρους εργασίας, για τον λόγο ότι η ως άνω δέσμη συμφωνιών συνιστά σύναψη δημόσιας συμβάσεως υπηρεσιών κατά την έννοια της οδηγίας 2004/18 […], ή μήπως ο ως άνω συμβατικός διακανονισμός πρέπει να θεωρηθεί ως σύσταση κοινής εταιρίας με μεταβίβαση της εμπορικής δραστηριότητας δημοτικής υπηρεσίας, περίπτωση κατά την οποία δεν έχει εφαρμογή η εν λόγω οδηγία ούτε η απορρέουσα από αυτήν υποχρέωση διενέργειας διαγωνισμού;

2) Έχει επιπλέον σημασία στην υπό κρίση υπόθεση το γεγονός ότι:

α) ο Oulun kaupunki, ως δημοτική αναθέτουσα αρχή, ανέλαβε την υποχρέωση να αγοράζει τις προαναφερόμενες υπηρεσίες έναντι καταβολής αντιστοίχου τιμήματος κατά τη διάρκεια μιας τετραετούς μεταβατικής περιόδου, μετά τη λήξη της οποίας ο Δήμος, σύμφωνα με σχετική απόφασή του, προτίθεται να προκηρύξει εκ νέου σχετικό διαγωνισμό για τις υπηρεσίες που χρειάζεται στον τομέα της μέριμνας για την υγεία στους χώρους εργασίας;

β) πριν από την επίμαχη συμφωνία, το μεγαλύτερο μέρος του κύκλου εργασιών της δημοτικής υπηρεσίας, που υπαγόταν οργανικά στον Oulun kaupunki, απετελείτο από διαφορετικές υπηρεσίες έναντι αυτών που προορίζονταν για τους υπαλλήλους του Δήμου στον τομέα της μέριμνας για την υγεία στους χώρους εργασίας;

γ) η πράξη περί συστάσεως της νέας εταιρίας προβλέπει, ως εισφορά σε είδος, τη μεταβίβαση της εμπορικής δραστηριότητας της δημοτικής υπηρεσίας, η οποία παρέχει τις ως άνω υπηρεσίες τόσο στους υπαλλήλους του Δήμου όσο και σε ιδιώτες πελάτες;»

**Επί των προδικαστικών ερωτημάτων**

27 Με τα δύο προδικαστικά του ερωτήματα, τα οποία σκόπιμο είναι να εξεταστούν από κοινού, το αιτούν δικαστήριο ζητεί, κατ' ουσίαν, να διευκρινιστεί αν η οδηγία 2004/18 έχει την έννοια ότι τυγχάνει εφαρμογής σε συμφωνία στο πλαίσιο της οποίας αναθέτουσα αρχή συνάπτει σύμβαση με ιδιωτική εταιρία, ανεξάρτητη από αυτήν, με σκοπό τη σύσταση κοινής εταιρίας υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρίας, με την οποία η αναθέτουσα αρχή αναλαμβάνει τη δέσμευση, από της συστάσεως της κοινής εταιρίας, να απευθύνεται στην εταιρία αυτή για την παροχή στους υπαλλήλους της υπηρεσιών

στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρους εργασίας, τις οποίες οφείλει να τους διασφαλίζει.

28 Από τη διατύπωση των ερωτημάτων αυτών και του πλαισίου στο οποίο εντάσσονται προκύπτει ότι τα ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου αφορούν ειδικότερα την παροχή από την κοινή εταιρία στον Oulun kaupunki υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας προς τους υπαλλήλους του εν λόγω Δήμου. Η παροχή αυτή αντιστοιχεί στη δέσμευση που ανέλαβε ο εν λόγω Δήμος να απευθύνεται στην κοινή εταιρία, κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου των τεσσάρων ετών, για την παροχή τέτοιου είδους υπηρεσιών, που του παρείχε προηγουμένως δημοτική υπηρεσία οργανικώς ενταγμένη σε αυτόν.

29 Προκαταρκτικώς, υπογραμμίζεται ότι δεν αμφισβητείται ότι στην υπόθεση της κύριας δίκης ο Oulun kaupunki έχει την ιδιότητα αναθέτουσας αρχής, κατά την έννοια του άρθρου 1, παράγραφος 9, της οδηγίας 2004/18, και ότι οι επίμαχες υπηρεσίες εμπίπτουν στην έννοια των «υπηρεσιών υγείας», κατά την έννοια της κατηγορίας 25 του παραρτήματος ΙΙ Β της εν λόγω οδηγίας. Η δέσμευση του Oulun kaupunki να απευθύνεται για τις επίμαχες υπηρεσίες προς όφελος των εργαζομένων του στην κοινή εταιρία συνεπάγεται την ύπαρξη συμβάσεως εξ επαχθούς αιτίας μεταξύ του εν λόγω δήμου και της εταιρίας αυτής. Συνάγεται εξάλλου από τα στοιχεία που παρέσχε το αιτούν δικαστήριο ότι η εκτιμώμενη αξία της συμβάσεως αυτής, ύψους 18 εκατομμυρίων ευρώ, υπερβαίνει το όριο πέραν του οποίου πρέπει να εφαρμόζεται η οδηγία 2004/18.

30 Υπενθυμίζεται επίσης ότι η οδηγία 2004/18 δεν διακρίνει μεταξύ των δημοσίων συμβάσεων που συνάπτονται από την αναθέτουσα αρχή προς εκπλήρωση της αποστολής της να ικανοποιεί ανάγκες γενικού συμφέροντος και δημοσίων συμβάσεων μη σχετιζόμενων με την αποστολή αυτή, όπως η ανάγκη να εκπληρώσει, όπως εν προκειμένω, υποχρέωση που υπέχει ως εργοδότης έναντι των υπαλλήλων της (βλ. μεταξύ άλλων, απόφαση της 15ης Ιουλίου 2010, C-271/08, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2010, σ. I-7091, σκέψη 73 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

31 Μετά τις προκαταρκτικές αυτές διευκρινίσεις, πρέπει να υπομνησθεί ότι δημόσια αρχή μπορεί να εκπληρώνει τα καθήκοντα δημοσίου συμφέροντος που υπέχει με τα δικά της μέσα, χωρίς να είναι υποχρεωμένη να απευθύνεται σε εξωτερικούς οργανισμούς που δεν ανήκουν στις υπηρεσίες της, καθώς επίσης ότι μπορεί να εκπληρώνει τα καθήκοντα αυτά σε συνεργασία με άλλες δημόσιες αρχές (απόφαση της 9ης Ιουνίου 2009, C-480/06, Επιτροπή κατά Γερμανίας, Συλλογή 2009, σ. I-4747, σκέψη 45). Ομοίως, όπως επισημαίνεται στο σημείο 1 της ερμηνευτικής ανακοινώσεως της Επιτροπής σχετικά με την εφαρμογή του κοινοτικού δικαίου των δημόσιων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης στις Θεσμοθετημένες Συμπράξεις Δημοσίου-Ιδιωτικού Τομέα (ΘΣΔΙΤ) (ΕΕ 2008, C 91, σ. 4), τέτοιου είδους αρχή είναι ελεύθερη να ασκεί η ίδια μια οικονομική δραστηριότητα ή να την αναθέτει σε τρίτους, π.χ. σε φορείς μικτού κεφαλαίου που έχουν συσταθεί στο πλαίσιο μιας συμπράξεως δημοσίου-ιδιωτικού τομέα.

32 Επιπλέον, η εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης στον τομέα των δημοσίων συμβάσεων αποκλείεται ασφαλώς αν, ταυτοχρόνως, ο έλεγχος που ασκεί η αναθέτουσα αρχή επί του αναδόχου είναι ανάλογος προς εκείνον που ασκεί επί των δικών του υπηρεσιών και αν η αρχή αυτή πραγματοποιεί το ουσιώδες της δραστηριότητάς της με τον οργανισμό που την ελέγχει (βλ. προπαρατεθείσα απόφαση Teckal, σκέψη 50). Εντούτοις, η, έστω και μειοψηφική, συμμετοχή ιδιωτικής επιχειρήσεως στο κεφάλαιο εταιρίας της οποίας μέτοχος είναι και η αναθέτουσα δημόσια αρχή αποκλείει, εν πάση περιπτώσει, τη δυνατότητα της δημόσιας αυτής αρχής να ασκεί σε μια τέτοια εταιρία έλεγχο ανάλογο προς αυτόν που ασκεί επί των δικών της υπηρεσιών (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 10ης Σεπτεμβρίου 2009, C-573/07, Sea, Συλλογή 2009, σ. I-8127, σκέψη 46, και της 15ης Οκτωβρίου 2009, C-196/08, Acoset, Συλλογή 2009, σ. I-9913, σκέψη 53).

33 Όσον αφορά, ειδικότερα, το ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου σχετικά με το ζήτημα αν η ανάληψη από τον Oulun kaupunki της δεσμεύσεως να απευθύνεται κατά τη μεταβατική περίοδο στην κοινή εταιρία για την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρου εργασίας τις οποίες οφείλει να εξασφαλίζει στους εργαζομένους της εκφεύγει ή όχι της εφαρμογής των διατάξεων της οδηγίας 2004/18, λόγω του ότι η δέσμευση αυτή περιλαμβάνεται στη σύμβαση με την οποία συστήθηκε η κοινή εταιρία, επισημαίνεται ότι η σύσταση κοινής εταιρίας από αναθέτουσα αρχή και ιδιωτικό οικονομικό φορέα δεν εμπίπτει, καθαυτή, στην οδηγία 2004/18. Η διαπίστωση αυτή υπενθυμίζεται εξάλλου στο σημείο 66 της Πράσινης Βίβλου της Επιτροπής σχετικά με τις συμπράξεις δημοσίου και ιδιωτικού τομέα και

το κοινοτικό δίκαιο των δημοσίων συμβάσεων και των συμβάσεων παραχώρησης [COM(2004) 327 τελικό].

34 Επισημαίνεται πάντως ότι, όπως συνάγεται και από το σημείο 69 της προαναφερθείσας Πράσινης Βίβλου, πρέπει να εξασφαλίζεται ότι μια πράξη κεφαλαιακής συναλλαγής δεν υποκρύπτει στην πραγματικότητα την ανάθεση σε εταίρο του ιδιωτικού τομέα συμβάσεων που δύνανται να χαρακτηριστούν ως δημόσιες συμβάσεις ή συμβάσεις παραχωρήσεως. Επιπλέον, όπως εκτίθεται στο σημείο 2.1 της ως άνω ερμηνευτικής ανακοινώσεως της Επιτροπής, το γεγονός ότι ιδιωτικός και αναθέτων φορέας συνεργάζονται στο πλαίσιο ενός φορέα μικτού κεφαλαίου δεν μπορεί να δικαιολογήσει τη μη τήρηση των διατάξεων περί παραχωρήσεως κατά τις παραχωρήσεις προς τον εν λόγω ιδιωτικό φορέα ή τον φορέα μικτού κεφαλαίου (βλ., κατ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα απόφαση Acoset, σκέψη 57).

35 Λαμβανομένων υπόψη των γενικών αυτών κατευθυντήριων γραμμών, σκόπιμο είναι να καθοριστεί αν και κατά πόσο η οδηγία 2004/18 μπορεί να τύχει εφαρμογής στο πλαίσιο της υποθέσεως της κύριας δίκης.

36 Συναφώς, από τη νομολογία του Δικαστηρίου προκύπτει ότι, στην περίπτωση μικτής συμβάσεως της οποίας τα διάφορα σκέλη, σύμφωνα με την προκήρυξη του διαγωνισμού, συνδέονται άρρηκτα μεταξύ τους και σχηματίζουν μια αδιαίρετη ολότητα, η επίμαχη πράξη πρέπει να εξετάζεται, προς τον σκοπό του νομικού χαρακτηρισμού της, στο σύνολό της κατά τρόπο ενιαίο και να εκτιμάται βάσει των κανόνων που διέπουν το σκέλος που αποτελεί το κύριο αντικείμενο ή το επικρατέστερο στοιχείο της συμβάσεως (απόφαση της 6ης Μαΐου 2010, C-145/08 και C-149/08, Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι κ.λπ., Συλλογή 2010, σ. I-4165, σκέψεις 48 και 49 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

37 Επομένως, για την εφαρμογή της οδηγίας 2004/18, πρέπει να εξακριβωθεί αν το σκέλος που συνίσταται στις υπηρεσίες υγείας προς τους εργαζομένους του Oulun kaupunki, που εμπίπτουν καταρχήν στην εν λόγω οδηγία, είναι αποσπαστό από τη σύμβαση.

38 Συναφώς, επιβάλλεται να ληφθούν υπόψη τα πρακτικά συνεδριάσεως του δημοτικού συμβουλίου του Oulun kaupunki, της 21ης Απριλίου 2008, όπου εκτίθενται οι λόγοι αναλήψεως της δεσμεύσεως από τον εν λόγω δήμο κατά τη σύσταση της κοινής εταιρίας. Εξάλλου, από τις διευκρινίσεις του Oulun kaupunki κατά την επ' ακροατηρίου διαδικασία προκύπτει ότι ο δήμος αυτός θεωρεί το συγκεκριμένο σκέλος της συμβάσεως μη αποσπαστό από αυτήν, καθότι η αξία της δεσμεύσεώς του να απευθύνεται για την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας στην κοινή εταιρία κατά τη διάρκεια της μεταβατικής περιόδου συνυπολογίστηκε στην εισφορά του σε είδος στο κεφάλαιο της ως άνω εταιρίας και η εν λόγω εισφορά συνιστούσε, από οικονομικής απόψεως, προϋπόθεση της συστάσεως της εταιρίας.

39 Υπογραμμίζεται ότι η ρητώς εκπεφρασμένη ή τεκμαιρόμενη πρόθεση των συμβαλλομένων μερών να θεωρούν τα διάφορα σκέλη που συνθέτουν μια μικτή σύμβαση ως άρρηκτα συνδεδεμένα με αυτήν δεν αρκεί, αλλά πρέπει να στηρίζεται σε αντικειμενικά στοιχεία δυνάμενα να τη δικαιολογήσουν και να εδραιώσουν την αναγκαιότητα συνάψεως ενιαίας συμβάσεως.

40 Όσον αφορά το επιχείρημα του Oulun kaupunki, κατά το οποίο εξασφαλίζεται η υπηρεσιακή κατάσταση των εργαζομένων στον δήμο που μεταφέρθηκαν στην κοινή εταιρία μετά την αναληφθείσα δέσμευση, επισημαίνεται ότι τέτοιου είδους εγγύηση θα μπορούσε να διασφαλισθεί στο πλαίσιο σύμφωνης με τις αρχές της απαγόρευσης των διακρίσεων και της διαφάνειας διαδικασίας συνάψεως συμβάσεως, στο πλαίσιο της οποίας η απαίτηση για τέτοιου είδους εγγύηση θα περιλαμβανόταν στις προϋποθέσεις για τη σύναψη της συμβάσεως αυτής.

41 Αναφορικά με τα επιχειρήματα του Oulun kaupunki ότι «οι όροι της παρούσας συμβάσεως είναι συμφέροντες και ανταγωνιστικοί» και ότι «η κοινή εταιρία αρχίζει τη δραστηριότητά της υπό ευνοϊκές προϋποθέσεις», υπενθυμίζεται ότι, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η ανάθεση του αντικειμένου δημόσιας συμβάσεως σε επιχείρηση μικτής οικονομίας χωρίς διαγωνισμό έρχεται σε αντίθεση προς τον σκοπό υπάρξεως ελεύθερου και ανόθευτου ανταγωνισμού και την αρχή της ίσης μεταχειρίσεως, κατά το μέτρο που μια τέτοια διαδικασία παρέχει σε ιδιωτική επιχείρηση μετέχουσα στο κεφάλαιο της επιχειρήσεως αυτής ένα πλεονέκτημα σε σχέση με τους ανταγωνιστές της (προπαρατεθείσα απόφαση Acoset, σκέψη 56 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία). Τέτοιου είδους επιχειρήματα δεν καθιστούν δυνατή, εν πάση περιπτώσει, τη

συναγωγή του συμπεράσματος ότι το σκέλος που αφορά υπηρεσίες στον τομέα της υγείας προς όφελος των υπαλλήλων του Oulun kaupunki είναι άρρηκτα συνδεδεμένο με την υπόλοιπη σύμβαση.

42 Διαπιστώνεται ακόμη ότι ο προβληθείς αλλά μη αποδειχθείς συνυπολογισμός της αντιστοιχούσας στη δέσμευση που ανέλαβε ο Oulun kaupunki αξίας στην εισφορά σε είδος του δήμου αυτού στο κεφάλαιο της κοινής εταιρίας συνιστά, υπ' αυτές τις συνθήκες, νομική τεχνική, βάσει της οποίας δεν είναι επίσης δυνατό να θεωρηθεί ότι το συγκεκριμένο σκέλος της μικτής συμβάσεως είναι άρρηκτα συνδεδεμένο με την τελευταία.

43 Επιπλέον, όπως υποστηρίζουν η Τσεχική Κυβέρνηση και η Επιτροπή, το γεγονός ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, η αναθέτουσα αρχή είχε εκφράσει την πρόθεσή της να προκηρύξει δημόσιο διαγωνισμό, μετά το πέρας της μεταβατικής περιόδου, για την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας προς όφελος των εργαζομένων της συνιστά επίσης στοιχείο που επιτείνει τον αποσπαστό χαρακτήρα του σκέλους αυτού από την υπόλοιπη σύμβαση.

44 Ομοίως, το γεγονός ότι η κοινή εταιρία λειτουργεί ήδη από τον Αύγουστο του 2008 χωρίς το εν λόγω σκέλος αποτελεί στοιχείο που επίσης καταδεικνύει ότι οι δύο εταίροι είναι μάλλον σε θέση να αντιμετωπίσουν τυχόν αντίκτυπο της απουσίας του στην οικονομική κατάσταση της εν λόγω εταιρίας, γεγονός που συνιστά ακόμη μία σοβαρή ένδειξη του αποσπαστού χαρακτήρα του σκέλους αυτού.

45 Συνεπώς, σε αντίθεση προς τις περιστάσεις που οδήγησαν στην έκδοση της αποφάσεως Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι κ.λπ., οι διαπιστώσεις αυτές δεν εκφράζουν, αντικειμενικώς, την ανάγκη συνάψεως της εν λόγω μικτής συμβάσεως με ένα αποκλειστικώς αντισυμβαλλόμενο (βλ., κατ' αυτή την έννοια, προπαρατεθείσα απόφαση Κλαμπ Οτέλ Λουτράκι κ.λπ., σκέψη 53).

46 Δεδομένου ότι το σκέλος της μικτής συμβάσεως που συνίσταται στη δέσμευση του Oulun kaupunki να απευθύνεται στην κοινή εταιρία για την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας στους υπαλλήλους του είναι αποσπαστό από τη σύμβαση αυτή, προκύπτει ότι, σε πλαίσιο όπως αυτό της υποθέσεως της κύριας δίκης, οι κρίσιμες διατάξεις της οδηγίας 2004/18 έχουν εφαρμογή επίσης επί της αναθέσεως του σκέλους αυτού.

47 Κατόπιν των ανωτέρω σκέψεων, στα προδικαστικά ερωτήματα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι η οδηγία 2004/18 έχει την έννοια ότι σε περίπτωση συνάψεως συμβάσεως μεταξύ αναθέτουσας αρχής και ιδιωτικής εταιρίας, ανεξάρτητης από αυτήν, προς σύσταση κοινής εταιρίας υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρίας, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρους εργασίας, η ανάθεση από την εν λόγω αρχή της παροχής των προοριζόμενων για τους υπαλλήλους της υπηρεσιών, αξίας υπερβαίνουσας το προβλεπόμενο από την ως άνω οδηγία κατώτατο όριο, η οποία ανάθεση μπορεί να αποσπασθεί από την ιδρυτική της εταιρίας αυτής σύμβαση, πρέπει να γίνεται τηρουμένων των διατάξεων της συγκεκριμένης οδηγίας, οι οποίες έχουν εφαρμογή στις υπηρεσίες του παραρτήματος II Β.

**Επί των δικαστικών εξόδων**

48 Δεδομένου ότι η παρούσα διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του εθνικού δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν όσοι κατέθεσαν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο, πλην των ως άνω διαδίκων, δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τρίτο τμήμα) αποφαίνεται:

**Η οδηγία 2004/18/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 31ης Μαρτίου 2004, περί συντονισμού των διαδικασιών σύναψης δημόσιων**

**συμβάσεων έργων, προμηθειών και υπηρεσιών, έχει την έννοια ότι, σε περίπτωση συνάψεως συμβάσεως μεταξύ αναθέτουσας αρχής και ιδιωτικής εταιρίας, ανεξάρτητης από αυτήν, έχουσας ως αντικείμενο τη σύσταση κοινής εταιρίας υπό τη μορφή ανώνυμης εταιρίας, με αντικείμενο την παροχή υπηρεσιών στον τομέα της υγείας και της ευεξίας στους χώρους εργασίας, η ανάθεση από την εν λόγω αρχή της παροχής των προοριζόμενων για τους υπαλλήλους της υπηρεσιών, αξίας υπερβαίνουσας το προβλεπόμενο από την ως άνω οδηγία κατώτατο όριο, η οποία ανάθεση μπορεί να αποσπασθεί από την ιδρυτική της εταιρίας αυτής σύμβαση, πρέπει να γίνεται τηρουμένων των διατάξεων της συγκεκριμένης οδηγίας, οι οποίες έχουν εφαρμογή στις υπηρεσίες του παραρτήματος ΙΙ Β.**

(υπογραφές)