WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)

z dnia 22 grudnia 2010 r.*

W sprawie C-215/09

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez markkinaoikeus (Finlandia) postanowieniem z dnia 12 czerwca 2009 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 15 czerwca 2009 r., w postępowaniu:

Mehiläinen Oy,

Terveystalo Healthcare Oy, dawniej **Suomen Terveystalo Oyj**,

przeciwko

Oulun kaupunki,

* Język postępowania: fiński.

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, E. Juhász (sprawozdawca), G. Arestis, J. Malenovský i T. von Danwitz, sędziowie,

rzecznik generalny: J. Mazák,
sekretarz: N. Nanchev, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 17 czerwca 2010 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Mehiläinen Oy oraz Terveystalo Healthcare Oy (dawniej Suomen Terveystalo Oyj) przez A. Laine oraz A. Kuusniemi-Laine, asianajaja,

— w imieniu Oulun kaupunki przez S. Rasinkangas oraz I. Korpinen, asianajaja,

— w imieniu rządu fińskiego przez A. Guimaraes-Purokoski oraz M. Pere, działające w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu czeskiego przez M. Smolka, działającego w charakterze pełnomocnika,

— w imieniu Komisji Europejskiej przez E. Paasivirtę, C. Zadrę oraz D. Kukovca, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni istotnych w świetle okoliczności postępowania przed sądem krajowym przepisów dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

2 Wniosek ten został złożony w ramach sporu między Mehiläinen Oy i Terveystalo Healthcare Oy, dawniej Suomen Terveystalo Oyj, spółkami akcyjnymi prawa fińskiego, a Oulun kaupunki (miastem Oulu) w przedmiocie kwalifikacji prawnej – pod kątem

przepisów prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych – porozumienia umownego zawartego między Oulun kaupunki i ODL Terveys Oy, prywatną spółką niezależną od tego miasta (zwaną dalej „partnerem prywatnym"), i dotyczącego utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa – ODL Oulun Työterveys Oy (zwanego dalej „wspólnym przedsiębiorstwem").

Ramy prawne

Uregulowania Unii

3 Zgodnie z definicjami zawartymi w art. 1 ust. 2 dyrektywy 2004/18:

„a) »Zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy.

[…]

d) »Zamówienia publiczne na usługi« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług, o których mowa w załączniku II.

[…]".

4 Artykuł 2 tej dyrektywy, zatytułowany „Zasady udzielania zamówień", stanowi:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty".

5 Na mocy art. 7 omawianej dyrektywy, zatytułowanego „Kwoty progowe dla zamówień publicznych", dostosowanego rozporządzeniem Komisji (WE) nr 1422/2007 z dnia 4 grudnia 2007 r. zmieniającym dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień (Dz.U. L 317, s. 34), dyrektywę 2004/18 stosuje się wobec zamówień publicznych na usługi udzielonych przez instytucje zamawiające inne niż centralne organy rządowe, których szacunkowa wartość nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT) jest równa lub wyższa od 206 000 EUR.

6 Zgodnie z załącznikiem II B do dyrektywy 2004/18 usługi zdrowotne należą do rubryki 25 tego załącznika, opatrzonej tytułem „Usługi społeczne i zdrowotne".

7 Artykuł 21 dyrektywy 2004/18 przewiduje:

„Proces udzielania zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione w załączniku II B, regulują wyłącznie przepisy art. 23 i [art.] 35 ust. 4".

8 Artykuł 23 dyrektywy 2004/18, wchodzący w skład jej rozdziału IV, zatytułowanego „Zasady szczególne dotyczące specyfikacji i dokumentów zamówienia", odnosi się do specyfikacji technicznych zamieszczanych w dokumentacji zamówienia, a art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, wchodzący w skład jej rozdziału VI, zatytułowanego „Reguły dotyczące ogłaszania i przejrzystości", dotyczy ciążących na instytucji zamawiającej obowiązków w zakresie ogłaszania wyników postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia.

Uregulowania krajowe

9 Fińska työterveyshuoltolaki (1383/2001) (ustawa nr 1383/2001 o służbie medycyny pracy) określa obowiązki zarówno publicznych, jak i prywatnych pracodawców w zakresie organizacji opieki zdrowotnej nad ich pracownikami.

10 Zgodnie z art. 3 ust. 1 tej ustawy na pracodawcy ciąży obowiązek zorganizowania opieki zdrowotnej nad pracownikami, którą sprawować winny wyspecjalizowane służby i specjaliści z zakresu medycyny pracy, tak aby zapobiegać występowaniu chorób zawodowych i wypadków w miejscu pracy oraz promować zdrowe i bezpieczne

środowisko pracy, jak też prawidłowe funkcjonowanie społeczności osób zatrudnionych oraz zdolność do pracy i wydajność pracowników.

11 Na podstawie art. 4 akapit pierwszy wspomnianej ustawy pracodawca zobowiązany jest zorganizować na własny koszt opiekę zdrowotną, aby zapobiegać zagrożeniom i szkodliwemu wpływowi pracy i środowiska pracy na zdrowie oraz chronić i gwarantować bezpieczeństwo, zdolność do pracy oraz zdrowie pracowników.

12 Artykuł 7 ustawy 1383/2001 stanowi, że pracodawca może zorganizować świadczenia z zakresu medycyny pracy w rozumieniu ustawy poprzez powierzenie wykonywania wymaganych od niego świadczeń „zakładowi opieki zdrowotnej" w rozumieniu kansanterveyslaki (66/1972) (ustawy nr 66/1972 o stanie zdrowia społeczeństwa), poprzez samodzielne lub wspólne z innymi pracodawcami organizowanie wymaganych od niego świadczeń lub poprzez powierzenie wykonywania wymaganych od niego świadczeń innej powołanej do świadczenia usług z zakresu medycyny pracy jednostce lub osobie.

13 Zgodnie z art. 87a § 1 fińskiej kuntalaki (365/1995) (ustawy nr 365/1995 o samorządzie gminnym) w brzmieniu nadanym ustawą nr 519/2007, która weszła w życie w dniu 15 maja 1997 r., gmina lub związek gmin mogą utworzyć zakład komunalny w celu prowadzenia działalności gospodarczej lub w celu wykonania powierzonych mu zadań na zasadach rentowności. Zakłady komunalne nie mają osobowości prawnej i organizacyjnie są podporządkowane gminie, a ich działalność objęta jest przepisami regulującymi działalność gmin.

14 Dyrektywa 2004/18 została transponowana do prawa fińskiego poprzez hankintalaki (348/2007) (ustawę nr 348/2007 o udzielaniu zamówień publicznych), której art. 5 ust. 1 zawiera definicję pojęcia „zamówienia publiczne", odpowiadającą definicji figurującej w art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.

15 W ramach prac przygotowawczych do ustawy o udzielaniu zamówień publicznych (projekt rządowy 50/2006 vp) stwierdzono, że umowa w sprawie zamówienia stanowi generalnie prywatnoprawną umowę między dwiema odrębnymi osobami prawnymi. Dlatego też umowy zawierane wewnątrz danej organizacji nie są postrzegane co do zasady jako udzielenie zamówienia publicznego. Danej umowy nie można postrzegać jako umowy w sprawie zamówienia, jeżeli jej głównym przedmiotem nie jest samo udzielenie zamówienia. W każdym rozpatrywanym przypadku należy w szczególności zbadać, czy dana transakcja lub zbiór porozumień stanowi nierozerwalną całość, z której nie można wyodrębnić samego zamówienia.

16 Na podstawie art. 10 ustawy o udzielaniu zamówień publicznych nie stosuje się ona do umów zawieranych przez instytucję zamawiającą z podmiotem, który pod względem formalnym jest od niej odrębny i pod względem decyzyjnym niezależny, nad którym jednak instytucja ta sprawuje – sama lub z inną publiczną instytucją zamawiającą – kontrolę analogiczną do sprawowanej nad własnymi służbami z racji tego, że ten odrębny podmiot wykonuje zasadniczą część swojej działalności z tą instytucją zamawiającą. Przytoczony przepis jest wynikiem dostosowania uregulowań krajowych do orzecznictwa Trybunału (wyrok z dnia 18 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckal, Rec. s. I-8121, pkt 50).

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

17 W dniu 21 kwietnia 2008 r. rada miejska Oulun kaupunki postanowiła o utworzeniu, wraz z partnerem prywatnym, wspólnego przedsiębiorstwa, mającego działać na podstawie ustawy nr 624/2006 o spółkach akcyjnych od dnia 1 czerwca 2008 r. Kapitał wspólnego przedsiębiorstwa miał być rozłożony w częściach równych między obydwu partnerów, a zarządzanie nim – wspólne.

18 Działalność wspólnego przedsiębiorstwa miała polegać na świadczeniu usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, a obaj partnerzy zamierzali skierować tę działalność, jako podstawową i w rosnącym zakresie, w stronę

klientów prywatnych. Niemniej zobowiązali się oni, w trakcie czteroletniego okresu przejściowego (zwanego dalej „okresem przejściowym"), do powierzenia wspólnemu przedsiębiorstwu świadczenia usług zdrowotnych, które mają oni obowiązek – jako pracodawcy – zapewnić swoim pracownikom, zgodnie z uregulowaniami krajowymi.

19 W opinii Oulun kaupunki szacunkowy obrót wspólnego przedsiębiorstwa miał wynieść w okresie przejściowym około 90 mln EUR, z czego wartość usług, jakie to miasto miało świadczyć swoim pracownikom, wynosiła 18 mln EUR.

20 Każdy z partnerów miał przenieść do wspólnego przedsiębiorstwa, w formie aportu, należące do nich jednostki odpowiedzialne za świadczenie na rzecz ich pracowników usług w zakresie ochrony zdrowia w miejscu pracy, zgodnie z mającymi zastosowanie uregulowaniami krajowymi. Oulun kaupunki wniosło do wspólnego przedsiębiorstwa zakład komunalny Oulun Työterveys (zwany dalej „zakładem komunalnym"), odpowiedzialny za świadczenie na rzecz jego pracowników usług w zakresie ochrony zdrowia w miejscu pracy, którego wartość wynosiła między 2,5 mln a 3,5 mln EUR, natomiast partner prywatny wniósł odpowiadającą mu jednostkę, o szacowanej wartości między 2,2 mln a 3 mln EUR.

21 Zgodnie z oświadczeniem Oulun kaupunki usługi w zakresie ochrony zdrowia w miejscu pracy świadczone na rzecz pracowników tego miasta stanowią około 38% obrotów zakładu komunalnego. Pozostały procent obrotów osiągany był w wyniku świadczenia usług na rzecz klientów prywatnych.

22 Protokół z posiedzenia rady miejskiej Oulun kaupunki, które doprowadziło do przyjęcia uchwały z dnia 21 kwietnia 2008 r., zawiera następujące stwierdzenia:

„Strony porozumiały się ponadto co do tego, że przez okres przejściowy wynoszący cztery lata usługi w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pra-

cy zostaną powierzone [wspólnemu przedsiębiorstwu]. Usługi te będą świadczone na rzecz Oulun kaupunki w tym samym zakresie, co usługi świadczone dotychczas przez zakład komunalny […]. Hankintalaki wymaga, by po przeniesieniu usług w zakresie ochrony zdrowia w miejscu pracy na [wspólne przedsiębiorstwo] Oulun kaupunki ogłosiło przetarg na te usługi. Poniżej wskazane względy uzasadniają jednak korzystanie w okresie przejściowym przez Oulun kaupunki z usług [wspólnego przedsiębiorstwa]:

— w ten sposób zostanie zagwarantowana sytuacja osób, które mają zostać przeniesione ze strony miasta [do wspólnego przedsiębiorstwa];

— obecna umowa zawarta przez miasto jest korzystna i konkurencyjna;

— [wspólne przedsiębiorstwo] rozpocznie swą działalność w korzystnych warunkach".

23 Zgodnie z tym protokołem w dniu 24 kwietnia 2008 r. Oulun kaupunki podpisało z partnerem prywatnym umowę, w której zobowiązało się do powierzenia przyszłemu wspólnemu przedsiębiorstwu świadczenia w okresie przejściowym usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy na rzecz osób zatrudnionych przez miasto. Po upływie okresu przejściowego Oulun kaupunki miało zamiar – jak twierdzi – poddać udzielanie omawianych usług procedurze udzielania zamówień publicznych.

24 Ze wspomnianego protokołu wynika, że Oulun kaupunki – jako instytucja zamawiająca – nie ogłosiło przetargu na świadczenie w okresie przejściowym usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, które powinna w myśl uregulowań krajowych zapewnić swoim pracownikom. Nie budzi także wątpliwości

fakt, że wybór prywatnego partnera prywatnego nie został poprzedzony przeprowadzeniem przetargu.

25 Sąd krajowy, do którego wystąpiły z powództwem konkurencyjne przedsiębiorstwa zainteresowane świadczeniem na rzecz osób zatrudnionych przez Oulun kaupunki usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, tymczasowo zakazał temu miastu, pod rygorem nałożenia grzywny w wysokości 200 000 EUR, wykonania w jakikolwiek sposób uchwały rady miejskiej z dnia 21 kwietnia 2008 r. w zakresie, w jakim dotyczy ona powierzenia przez Oulun kaupunki wspólnemu przedsiębiorstwu świadczenia na rzecz osób zatrudnionych przez to miasto usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy. W oczekiwaniu na ostateczne rozstrzygnięcie sądu Oulun kaupunki postanowiło, w uchwale z dnia 26 sierpnia 2008 r., przenieść do wspólnego przedsiębiorstwa działalność zakładu komunalnego, z wyłączeniem jednak usług w zakresie ochrony zdrowia w miejscu pracy świadczonych na rzecz osób przez nie zatrudnionych.

26 Mając na względzie przedstawione przez strony postępowania przed sądem krajowym przeciwstawne argumenty odnoszące się do charakteru spornej operacji w świetle prawa Unii w zakresie zamówień publicznych, markkinaoikeus postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy rozpatrywane całościowo porozumienie, w ramach którego gminna instytucja zamawiająca zawiera z odrębnym od niej przedsiębiorstwem prywatnym umowę przewidującą utworzenie spółki akcyjnej, w której udziały i uprawnienia kontrolne nabywają w równych częściach dwie strony umowy oraz któremu wraz z jego utworzeniem gminna instytucja zamawiająca zobowiązuje się powierzyć świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, stanowi czynność, która wymaga zastosowania procedur udzielania zamówień publicznych z racji tego, że ogół związanych z nią postanowień umownych stanowi udzielenie zamówienia na usługi w rozumieniu dyrektywy 2004/18[…], czy też porozumienie to należy postrzegać jako utworzenie nowego wspólnego przedsiębiorstwa i przeniesienie nań działalności zakładu komunalnego, w stosunku do którego wspomniana dyrektywa i wynikający z niej obowiązek stosowania procedur przetargowych nie mają zastosowania?

2) Czy w omawianym przypadku ma ponadto znaczenie okoliczność, że:

a) Oulun kaupunki jako gminna instytucja zamawiająca zobowiązało się powierzyć wspólnemu przedsiębiorstwu odpłatne świadczenie wyżej wspomnianych usług w przejściowym okresie czterech lat, po upływie którego zgodnie ze swą uchwałą zamierzało wszcząć ponownie procedurę zaproszenia do składania ofert dotyczących usług z zakresu medycyny pracy, na które miało zapotrzebowanie?

b) przed zawarciem rozpatrywanego porozumienia obrót osiągany przez zakład komunalny, który pod względem organizacyjnym należał do Oulun kaupunki, w głównej mierze pochodził z innych źródeł niż świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy na rzecz osób zatrudnionych przez miasto?

c) nowe przedsiębiorstwo zostało utworzone w ten sposób, że działalność zakładu komunalnego polegająca na świadczeniu usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy na rzecz osób zatrudnionych przez miasto oraz klientów prywatnych miała zostać wniesiona jako wkład rzeczowy?".

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

27 Za pomocą obydwu pytań prejudycjalnych, które należy przeanalizować łącznie, sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że znajduje ona zastosowanie do porozumienia, w ramach którego instytucja zamawiająca zawiera z niezależnym od niej podmiotem prywatnym umowę przewidującą utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w formie spółki akcyjnej, któremu wraz z jego utworzeniem instytucja ta zobowiązuje się powierzyć

świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, które instytucja ta ma obowiązek zapewnić swoim pracownikom.

28 Z brzmienia przytoczonych pytań oraz z kontekstu, w który się one wpisują, wynika, że wątpliwości sądu krajowego dotyczą dokładnie rzecz ujmując świadczenia przez wspólne przedsiębiorstwo na rzecz Oulun kaupunki usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, których odbiorcami są osoby zatrudnione przez to miasto, przy czym wspomniane świadczenie usług odpowiada zobowiązaniu podjętemu przez Oulun kaupunki w zakresie powierzenia wspólnemu przedsiębiorstwu, w trakcie czteroletniego okresu przejściowego, wymienionych usług, które uprzednio były świadczone przez zakład komunalny organizacyjnie powiązany z Oulun kaupunki.

29 Tytułem wstępu należy podkreślić, że w postępowaniu przed sądem krajowym do okoliczności niepodlegających dyskusji należy fakt, że Oulun kaupunki ma status instytucji zamawiającej w rozumieniu art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 i że przedmiotowe usługi są objęte zakresem pojęcia „usługi […] zdrowotne" w rozumieniu rubryki 25 załącznika II B do tej dyrektywy. Zobowiązanie się Oulun kaupunki do powierzenia tych usług świadczonych na rzecz osób przez nie zatrudnionych wspólnemu przedsiębiorstwu zakłada istnienie umowy o charakterze odpłatnym zawartej między tym miastem a wspomnianym przedsiębiorstwem. Z informacji dostarczonych przez sąd krajowy wynika ponadto, że szacunkowa wartość tej umowy, rzędu 18 mln EUR, przekracza odpowiedni próg stosowania dyrektywy 2004/18.

30 Należy także przypomnieć, że dyrektywa 2004/18 nie dokonuje rozróżnienia między zamówieniami publicznymi udzielanymi przez instytucję zamawiającą w celu wykonania spoczywającego na niej zadania zaspokojenia potrzeb interesu ogólnego i tymi, które nie mają związku z tym zadaniem, takimi jak potrzeba zaspokojenia – jak w niniejszej sprawie – ciążącego na niej jako pracodawcy obowiązku względem swych pracowników (zob. w szczególności wyrok z dnia 15 lipca 2010 r. w sprawie C-271/08 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-7087, pkt 73 i przytoczone tam orzecznictwo).

31 Po przedstawieniu powyższych uwag wstępnych należy zwrócić uwagę, że organ władzy publicznej ma możność wypełniania ciążących na nim zadań w interesie publicznym własnymi środkami, bez potrzeby zwracania się do jednostek zewnętrznych, nienależących do jego służb, i że może czynić to również we współpracy z innymi organami władzy publicznej (wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja przeciwko Niemcom, Zb.Orz. s. I-4747, pkt 45). Podobnie jak zostało wskazane w pkt 1 komunikatu wyjaśniającego Komisji w sprawie stosowania prawa wspólnotowego dotyczącego zamówień publicznych i koncesji w odniesieniu do zinstytucjonalizowanych partnerstw publiczno-prywatnych (ZPPP) (Dz.U. 2008, C 91, s. 4), organ taki może prowadzić działalność gospodarczą samodzielnie lub zlecać jej prowadzenie osobom trzecim, np. podmiotom z kapitałem mieszanym tworzonym w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego.

32 Ponadto prawdą jest, że stosowanie prawa Unii w dziedzinie zamówień publicznych jest wykluczone, jeżeli kontrola sprawowana przez instytucję zamawiającą nad wykonawcą jest analogiczna do sprawowanej nad jej własnymi służbami i jeżeli ten wykonawca wykonuje zasadniczą część swojej działalności wraz z kontrolującą go instytucją (zob. ww. wyrok w sprawie Teckal, pkt 50). Niemniej udział, choćby mniejszościowy, przedsiębiorstwa prywatnego w kapitale zakładowym spółki, w której udziały ma także zainteresowana instytucja zamawiająca, wyklucza, by instytucja ta mogła sprawować nad tym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami (zob. w szczególności wyroki: z dnia 10 września 2009 r. w sprawie C-573/07 Sea, Zb.Orz. s. I-8127, pkt 46; z dnia 15 października 2009 r. w sprawie C-196/08 Acoset, Zb.Orz. s. I-9913, pkt 53).

33 Co się tyczy, konkretnie rzecz ujmując, wątpliwości sądu krajowego co do tego, czy zobowiązanie się Oulun kaupunki do powierzenia wspólnemu przedsiębiorstwu, w okresie przejściowym, świadczenia usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, które miasto to ma obowiązek zapewnić swoim pracownikom, jest objęte zakresem stosowania przepisów dyrektywy 2004/18 ze względu na okoliczność, że to zobowiązanie zostało zawarte w umowie ustanawiającej wspólne przedsiębiorstwo, należy zauważyć, że utworzenie przez instytucję zamawiającą i prywatny podmiot gospodarczy wspólnego przedsiębiorstwa nie należy jako takie do zakresu stosowania dyrektywy 2004/18. Powyższy wniosek został zresztą przypomniany w pkt 66 zielonej księgi Komisji w sprawie partnerstw publiczno-prywatnych

i prawa wspólnotowego w zakresie zamówień publicznych i koncesji [COM(2004) 327 wersja ostateczna].

34 Należy jednak zauważyć, że w pkt 69 tej zielonej księgi podkreślona została konieczność zapewnienia, by transakcje kapitałowe nie ukrywały w rzeczywistości zawarcia z partnerem prywatnym umów mogących zostać zakwalifikowane jako zamówienia publiczne lub koncesje. Ponadto, jak wynika z pkt 2.1 wspomnianego powyżej komunikatu wyjaśniającego Komisji, fakt współpracy podmiotu prywatnego i podmiotu zamawiającego w ramach podmiotu z kapitałem mieszanym nie może uzasadniać nieprzestrzegania przepisów dotyczących zamówień publicznych podczas udzielania takich zamówień temu podmiotowi prywatnemu lub podmiotowi z kapitałem mieszanym (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Acoset, pkt 57).

35 Mając na uwadze te ogólne wytyczne należy ustalić, czy – i w jakim stopniu – dyrektywa 2004/18 może znaleźć zastosowanie do postępowania przed sądem krajowym.

36 W tym względzie z orzecznictwa Trybunału wynika, że w przypadku umów mieszanych, których różne części są połączone w nierozłączny sposób i stanowią nierozerwalną całość, analizowana umowa powinna zostać zbadana jako całość, w sposób jednolity, w celu jej kwalifikacji prawnej w świetle przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, i musi zostać rozpatrzona na podstawie przepisów dotyczących części, która stanowi główny przedmiot lub dominujący element umowy (wyrok z dnia 6 maja 2010 r. w sprawach połączonych C-145/08 i C-149/08 Club Hotel Loutraki i in., Zb.Orz. s. I-4165, pkt 48, 49 i przytoczone tam orzecznictwo).

37 Z powyższego należy wyciągnąć wniosek, że do celów stosowania dyrektywy 2004/18 trzeba sprawdzić, czy możliwe jest oddzielenie od tej umowy jej części obejmującej usługi zdrowotne na rzecz osób zatrudnionych przez Oulun kaupunki, która co do zasady mieści się w zakresie stosowania tej dyrektywy.

38 W tym zakresie należy odnieść się do protokołu z posiedzenia rady miejskiej Oulun kaupunki z dnia 21 kwietnia 2008 r., który wskazuje powody podjęcia przez to miasto zobowiązania w chwili utworzenia wspólnego przedsiębiorstwa. Ponadto z wyjaśnień udzielonych przez Oulun kaupunki w trakcie rozprawy wynika, że to miasto uznaje omawianą część umowy za niemożliwą do oddzielenia z tego powodu, że wartość zobowiązania do powierzenia usług zdrowotnych wspólnemu przedsiębiorstwu w okresie przejściowym wchodziła w skład jego aportu na pokrycie kapitału zakładowego tego przedsiębiorstwa i że aport ten stanowił pod względem ekonomicznym przesłankę jego utworzenia.

39 Należy podkreślić, że wyrażony lub dorozumiany zamiar stron umowy, by postrzegać poszczególne części umowy mieszanej jako nierozłączne, nie jest wystarczający, lecz musi on zostać poparty obiektywną argumentacją, mogącą ten zamiar uzasadnić i wykazać konieczność zawarcia pojedynczej umowy.

40 W odniesieniu do argumentu Oulun kaupunki, zgodnie z którym sytuacja osób zatrudnionych przez miasto i przeniesionych do wspólnego przedsiębiorstwa miała zostać zagwarantowana dzięki podjętemu zobowiązaniu, należy zwrócić uwagę, że taka gwarancja mogła także zostać udzielona w ramach zgodnego z zasadami niedyskryminacji i przejrzystości postępowania w przedmiocie udzielenia zamówienia, przy czym wymóg odnoszący się do wspomnianej gwarancji wchodziłby w skład przesłanek, których spełnienie byłoby konieczne dla udzielenia tego zamówienia.

41 Jeśli chodzi o argumenty Oulun kaupunki, że „obecna umowa zawarta przez miasto jest korzystna i konkurencyjna" oraz że poprzez podjęcie tego zobowiązania „wspólne przedsiębiorstwo rozpocznie swą działalność w korzystnych warunkach", należy przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorstwu z kapitałem mieszanym z pominięciem postępowania przetargowego stanowiłoby naruszenie swobodnej i niezakłóconej konkurencji oraz zasady równego traktowania, w zakresie w jakim taka procedura dawałaby przedsiębiorstwu prywatnemu obecnemu w kapitale tego przedsiębiorstwa przewagę w stosunku do jego konkurentów (ww. wyrok w sprawie Acoset, pkt 56 i przytoczone tam

orzecznictwo). Tego typu argumenty nie pozwalają przyjąć, że część umowy obejmująca usługi zdrowotne na rzecz osób zatrudnionych przez Oulun kaupunki jest niemożliwa do oddzielenia od reszty umowy.

42 Należy także stwierdzić, że przywoływane, lecz nie wykazane włączenie wartości zobowiązania podjętego przez Oulun kaupunki w skład jego aportu na pokrycie kapitału zakładowego wspólnego przedsiębiorstwa stanowi w tych warunkach zabieg prawny, który także nie pozwala uznać tej części umowy mieszanej za niemożliwą do oddzielenia od tej umowy.

43 Co więcej, jak zauważyły rząd czeski i Komisja, okoliczność, że w postępowaniu przed sądem krajowym instytucja zamawiająca wyraziła zamiar przeprowadzenia po upływie okresu przejściowego postępowania przetargowego w przedmiocie powierzenia świadczenia usług zdrowotnych na rzecz osób przez nią zatrudnionych, również stanowi okoliczność przemawiającą za możliwością oddzielenia omawianej części od reszty umowy mieszanej.

44 Podobnie fakt, że wspólne przedsiębiorstwo funkcjonuje od sierpnia 2008 r. bez tej części dowodzi, że obaj partnerzy wydają się być w stanie stawić czoła ewentualnemu wpływowi tego braku na sytuację finansową wspólnego przedsiębiorstwa, co stanowi kolejny istotny czynnik przemawiający za możliwością oddzielenia omawianej części od reszty umowy.

45 W konsekwencji, odmiennie od okoliczności, które doprowadziły do wydania ww. wyroku w sprawie Loutraki i in., przedstawione powyżej ustalenia nie wykazują obiektywnie konieczności zawarcia umowy mieszanej z jednym partnerem, będącej przedmiotem postępowania przed sądem krajowym (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Loutraki i in., pkt 53).

46 Ponieważ część umowy mieszanej polegającą na zobowiązaniu się przez Oulun kaupunki do powierzenia wspólnemu przedsiębiorstwu świadczenia usług zdrowotnych na rzecz osób przez nie zatrudnionych można w konsekwencji oddzielić od tej umowy, należy przyjąć, że w kontekście takim jak w okolicznościach postępowania przed sądem krajowym, odpowiednie przepisy dyrektywy 2004/18 znajdują zastosowanie do przyznania tej części umowy.

47 Mając na względzie całość powyższych rozważań, na zadane pytania należy odpowiedzieć, że dyrektywę 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że jeżeli instytucja zamawiająca zawiera z niezależną od niej spółką prywatną umowę przewidującą utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w formie spółki akcyjnej, którego przedmiotem działalności jest świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, udzielanie przez tę instytucję zamawiającą zamówienia dotyczącego usług na rzecz osób przez nią zatrudnionych, którego wartość przekracza próg przewidziany w tej dyrektywie i które jest możliwe do oddzielenia od umowy ustanawiającej tę spółkę, powinno odbywać się zgodnie z przepisami tej dyrektywy odnoszącymi się do usług objętych załącznikiem II B do niej.

W przedmiocie kosztów

48 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem; do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

Dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na

roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że jeżeli instytucja zamawiająca zawiera z niezależną od niej spółką prywatną umowę przewidującą utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa w formie spółki akcyjnej, którego przedmiotem działalności jest świadczenie usług w zakresie ochrony zdrowia i dobrego samopoczucia w miejscu pracy, udzielanie przez tę instytucję zamawiającą zamówienia dotyczącego usług na rzecz osób przez nią zatrudnionych, którego wartość przekracza próg przewidziany w tej dyrektywie i które jest możliwe do oddzielenia od umowy ustanawiającej tę spółkę, powinno odbywać się zgodnie z przepisami tej dyrektywy odnoszącymi się do usług objętych załącznikiem II B do niej.

Podpisy