

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JÁN MAZÁK

föredraget den 16 december 2008¹

1. I förevarande begäran om förhandsavgörande har avdelningen för upphandling vid Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) begärt att domstolen ska tolka direktiv 2004/18/EG med avseende på tyska lagstadgade sjukkassor.² Den hänskjutande domstolen har i huvudsak frågat huruvida dessa sjukkassor utgör offentligt rättsliga organ, och således upphandlande myndigheter, och hur det ifrågavarande kontraktet ska klassificeras.

”[Med] upphandlande myndigheter [avses] statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligt rättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med offentligt rättsliga organ avses alla organ

I — Tillämpliga bestämmelser

- a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,

A — Gemenskapsrätten

- b) som är juridiska personer, och

2. I artikel 1.9 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

- c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligt rätts-

¹ — Originalspråk: engelska.

² — Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114) (nedan kallat direktivet).

liga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentlighetsorgan.

5. I artikel 1 i direktivet, vilken har rubriken "Definitioner", föreskrivs följande:

Icke uttömmande förteckningar över sådana offentlighetsorgan och kategorier av organ som uppfyller villkoren i andra stycket a, b och c finns i bilaga III. Medlemsstaterna skall till kommissionen regelbundet anmäla ändringar i sina förteckningar."

"2. a) offentliga kontrakt: skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv.

3. I del III, kategori 1.1 i bilaga III till direktivet anges under "Tyskland" följande: "Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) [socialförsäkringar (sjukkassor, olycksfalls- och pensionsförsäkringsinstitutioner)]."

...

4. I artikel 79 i direktivet, vilken har rubriken "Ändringar", föreskrivs att "Kommissionen får ändra följande enligt förfarandet i artikel 77.2:... d) Förteckningarna över offentlighetsorgan och kategorier av organ enligt bilaga III, när dessa, grundade på anmälningar från medlemsstaterna, visar sig nödvändiga..."

c) offentliga varukontrakt: andra offentliga kontrakt än de som avses i b vilka avser köp, leasing, hyra eller hyrköp, med eller utan möjlighet till köp, av varor.

...

villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

d) offentliga tjänstekontrakt: andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II.

...”

Ett offentligt kontrakt som avser både varor och tjänster enligt bilaga II skall anses vara ett offentligt tjänstekontrakt om värdet av tjänsterna ifråga är högre än värdet av de varor som kontraktet omfattar.

6. I artikel 32.2 i direktivet föreskrivs att "[e]n upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal ska följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv...”.

...

7. I artikel 21 i direktivet föreskrivs att "kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B [endast] omfattas ... av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4...”.

4. tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

8. Kategori nr 25 i bilaga II B avser "Hälsovård och socialtjänster”.

5. ramavtal: ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa

9. I artikel 22 i direktivet föreskrivs att "[k]ontrakt avseende tjänster förtecknade såväl i bilaga II A som i bilaga II B skall, om

värdet av tjänsterna i bilaga II A överstiger värdet av tjänsterna i bilaga II B, tilldelas enligt bestämmelserna i artiklarna 23–54. I övriga fall ska kontrakten tilldelas enligt artikel 23 och artikel 35.4.”

10. Slutligen föreskrivs i artikel 1.4 i direktiv 1999/44/EG³ att ”[i] detta direktiv skall också med köpeavtal avses sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som skall framställas eller tillverkas”.

B — Den nationella lagstiftningen

11. Det tyska offentliga hälsovårdssystemet samt organiseringen och finansieringen av offentlig sjukförsäkring behandlas i fjärde och femte böckerna i den tyska socialförsäkringslagen (Sozialgesetzbuch) (nedan kallad SGB). I 1 § första stycket SGB föreskrivs att dessa sjukkassor, i egenskap av en gemenskap grundad på solidaritetsprincipen, har till syfte att bevara, återställa eller förbättra de försäkrades hälsa.

³ — Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (EGT L 171, s. 12).

12. Lagstadgade sjukkassor är offentlighetsrättsliga organ och har en ställning som juridiska personer såväl som en rätt till självstyre. Personer som är försäkrade enligt det tvingande systemet kan visserligen välja vilken lagstadgad sjukkassa de vill tillhöra, men de kan inte välja mellan en offentlig och en privat sjukkassa. Sjukkassorna finansieras genom i) tvingande avgifter från de försäkrade, ii) direkta kompensationsbetalningar från förbundsstaten och iii) kompensationsbetalningar från det finansiella kompensations-systemet, vilket består av de olika offentliga sjukkassorna, och från riskstrukturutjämnningen.

13. Avgiftsbeloppet beror enbart på den försäkrades inkomst, upp till inkomstgränsen för beräkningen av avgifter. Andra faktorer, såsom ålder, tidigare sjukdom eller antal medförsäkrade, är irrelevanta. I praktiken drar arbetsgivaren av den försäkrades del av avgifterna från hans lön, och avgiften – tillsammans med arbetsgivarens del av avgiften – betalas sedan till sjukkassan. Betalningen och uppbörden av avgifter är tvingande enligt offentlighetsrättsliga bestämmelser.

14. Avgiftssatsen fastställs inte av staten, utan av de lagstadgade sjukkassorna. Dessa sjukkassor måste beräkna avgifterna på ett sådant sätt att de, i kombination med andra intäkter, täcker de i lag föreskrivna utgifterna och

säkerställer att driftmedlen och de lagstadgade reservfonderna är tillgängliga. Fastställandet av avgiftssatsen kräver godkännande från varje sjukkassas statliga tillsynsmyndighet, och avgiftsbeloppen är i viss utsträckning föreskrivna i lag. De måste fastställas på ett sådant sätt att den uppburna intäkten inte är lägre eller högre än utgifterna. Eftersom den övervägande majoriteten av de förmåner som ska tilldelas föreskrivs i lag, kan inte utgiftsbeloppet, i någon betydande utsträckning, direkt påverkas av den ifrågasvarande sjukkassan.

terna har skyldighet att kontrollera sjukkassornas kommersiella, räkenskapsmässiga och operativa förvaltning. Den statliga tillsynsmyndigheten kan begära att handlingar ska tillhandahållas och upplysningar ska lämnas. Varje sjukkassas preliminära budget ska lämnas till den statliga tillsynsmyndigheten i god tid.

15. Skillnader mellan utgifterna till följd av olika riskstrukturer för de försäkrade dämpas i stor utsträckning genom riskstrukturutjämnningen. Det föreligger även ett visst "krav på solidaritet" mellan sjukkassorna. På detta sätt garanterar staten indirekt att de enskilda sjukkassornas skulder betalas. Sjukkassorna har rätt till självstyre och är föremål för statlig tillsyn. Rättslig tillsyn är i det tyska hälsovårdssystemet inte begränsat till en enkel granskning.

16. Vissa åtgärder, såsom ändring av sjukkassornas stadgar, fastställande av avgiftssatserna, byggnation och förvärv av mark eller utveckling av mjukvaror, kräver tillstånd av tillsynsmyndigheterna. Tillsynsmyndighe-

17. Eftersom den försäkrade, enligt det ifrågasvarande systemet, har en rätt via sjukkassan inte till återbetalning av kostnader utan till kostnadsfri tillgång till motsvarande tjänster, en så kallad princip om "vårdförmåner", uppmuntras sjukkassorna att med olika leverantörer sluta "försörjningsöverenskommelser" som är multisektoriella eller interdisciplinära. Dessa "integrerade försörjningsöverenskommelser" sluts mellan sjukkassorna och olika leverantörer som får tillhandahålla behandling till de försäkrade. I dessa överenskommelser fastställs ersättningen för olika former av integrerad försörjning, vilken är avsedd att betala för samtliga tjänster som den försäkrade kan begära inom ramen för systemet. Det är sjukkassan som är part i den integrerade försörjningsöverenskommelsen och som ska betala leverantörens ersättning. De försäkrades deltagande i de olika kategorierna i försörjningssystemet är frivillig, men när den försäkrade väljer en sådan kategori är han skyldig att använda sig av tjänsterna från den tjänsteleverantör med vilken den relevanta sjukkassan har slutit ett sådant kontrakt.

II — Bakgrund och tolkningsfrågorna

18. AOK Rheinland, som med AOK Hamburg fusionerats till den sjukkasse som är motparten i målet vid den nationella domstolen (nedan kallad AOK), inbjöd genom tillkännagivande i tidskriften *Orthopädie-Schuhtechnik* i juni 2006 företag som tillverkar ortopediska skor att avge anbud avseende tillverkning och leverans av skor lämpliga vid diabetisk fot för integrerad försörjning i den mening som avses i 140a § och följande paragrafer i femte boken i SGB för tidsperioden från den 1 september 2006 till den 31 december 2006. De prestationer som skulle tillhandahållas delades in i olika grupper och anbudsgivaren skulle ange priser för dessa. Enligt de ”särskilda avtalsvillkoren” skulle patienten själv ta kontakt med ifrågavarande företag som tillhandahåller ortopediska skor och visa sjukförsäkringskort med motsvarande läkarordination. Något intyg om att AOK skulle stå för kostnaderna behövdes inte. Kontraktspartens uppgift bestod i att tillverka och kontrollera en individuellt anpassad sko, varvid utförlig rådgivning skulle ske före måttagningen, vid leverans och vid de föreskrivna kontrollerna. Betalningarna skulle, med undantag för patientavgifter, erläggas av AOK.

19. Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (nedan kallat Oymanns), ett företag som tillverkar ortopediska skor, lämnade in ett anbud och ingav

senare klagomål om åsidosättande av de bestämmelser som gäller för offentlig upphandling. AOK ogillade klagomålet med motiveringen att bestämmelserna om offentlig upphandling inte var tillämpliga. Oymanns begärde en överprövning av upphandlingen inför prövningsorganet för offentlig upphandling, vilket avlog begäran om överprövning. Oymanns överklagade sedan detta beslut till den hänskjutande domstolen.

20. Oberlandesgericht Düsseldorf beslutade att förklara målet vilande och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”1. a) Ska kriteriet ’statlig finansiering’ enligt artikel 1.9 andra stycket c, alternativt ett, i [direktiv 2004/18] tolkas så, att staten föreskriver medlemskap i en sjukförsäkring samt en skyldighet att erlägga avgifter – vars storlek är beroende av inkomsten – till respektive sjukkasse, varvid sjukkassan fastställer avgiftssatsen, men sjukkassorna är sammankopplade genom ett i skälen nedan beskrivet solidariskt finansierings-system och det är säkerställt att varje enskild sjukkasse kan fullgöra sina förpliktelser?”

- b) Ska kriteriet att institutionens 'verksamhet står under kontroll av sådana organ' enligt artikel 1.9 andra stycket c, alternativ två, i direktivet tolkas så, att en statlig rättslig tillsyn, som även omfattar fortfarande pågående och framtida affärer, – varvid i förekommande fall ytterligare i skälen beskrivna ingreppsmöjligheter tillkommer för staten – är tillräcklig för att kriteriet ska anses vara uppfyllt?
2. Om den första tolkningsfrågan – under a) eller b) – ska besvaras jakande, ska då tillhandahållandet av varor som tillverkas och anpassas i enlighet med varje kunds behov och individuell rådgivning till kunden om hur varan ska användas, anses utgöra ett 'varukontrakt' eller ett 'tjänstekontrakt' i den mening som avses i artikel 1.2 c respektive d i direktivet? Ska vid denna bedömning enbart värdet för de respektive prestationerna beaktas?
3. Om fråga 2 ska besvaras så, att tillhandahållandet ska anses utgöra eller skulle kunna utgöra en 'tjänst', ska då artikel 1.4 i direktivet tolkas så att en 'tjänstekoncession' – i motsats till ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktivet – även föreligger om uppdrag lämnas på ett sätt varvid
- beslutet om huruvida och i vilka fall uppdragstagaren får enskilda uppdrag inte ligger hos uppdragsgivaren utan hos tredje man,
- uppdragstagaren får betalt av uppdragsgivaren, eftersom enbart den sistnämnda har lagstadgad skyldighet att erlagga betalning och gentemot tredje man är skyldig att tillhandahålla tjänsten, och
- uppdragstagaren inte på något sätt behöver fullgöra eller uppvisa några prestationer innan tredje man tar hans tjänster i anspråk?"
21. Skriftliga yttranden har inkommit från Oymanns, AOK och kommissionen. Parterna yttrade sig muntligen vid förhandlingen som hölls den 19 juni 2008.

III — Bedömning

skapslagstiftaren har betraktat dessa sjuk-kassor som offentligrättsliga organ. Oymanns har i huvudsak gjort gällande att sjuk-kassorna till stor del finansieras av staten och att förvaltningen av dessa står under statens tillsyn.

A — Den första tolkningsfrågan

22. Oberlandesgericht Düsseldorf har genom den första tolkningsfrågan i huvudsak önskat få klarhet i huruvida sjuk-kassorna utgör offentligrättsliga organ i den mening som avses i direktiv 2004/18, eftersom det i Tyskland är omstritt huruvida lagstadgade sjuk-kassor ska anses vara offentligrättsliga organ, även om de nämns i bilaga III till direktivet.

24. AOK, motparten i målet vid den nationella domstolen, har gjort gällande att förteckningen i bilaga III till direktiv 2004/18 endast är vägledande. Vad gäller statlig finansiering måste sådan komma direkt från allmänna medel. Slutligen har AOK i huvudsak gjort gällande att de offentliga myndigheterna endast utövar en rättslig granskning.

1. Parternas argument i huvudsak

23. Oymanns, sökanden i målet vid den nationella domstolen, har gjort gällande att den omständigheten att tyska sjuk-kassor är uppräknade i bilaga III till direktiv 2004/18 utgör en bindande presumtion att gemen-

25. Kommissionen har påpekat att sjuk-kassorna står uttryckligen omnämnda i bilaga III till direktivet och anser följaktligen att de ska klassificeras som offentligrättsliga organ. Kommissionen har vidare i huvudsak hävdad att de ifrågakvarande sjuk-kassorna uppfyller villkoren för att klassificeras som sådana.

2. Prövning

eller kontrolleras av staten låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska”.⁷

26. Enligt artikel 1.9 i direktiv 2004/18 ska de i målet vid den nationella domstolen aktuella sjukförsäkringskassorna, för att de ska kunna fastställas att de utgör upphandlande myndigheter, uppfylla villkoren för att klassificeras som offentlighetsrättsliga organ.

28. För det första är de tyska sjukförsäkringskassorna uttryckligen omnämnda i bilaga III till direktivet. Den ifrågakvarande bilagan innehåller en icke uttömmande förteckning över sådana offentlighetsrättsliga organ i medlemsstaterna som ”uppfyller villkoren i [artikel 1.9]” i direktivet.

27. Det krävs i detta hänseende, som generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer påpekade i sitt förslag till avgörande i målet Bayerischer Rundfunk m.fl.⁴, ”enligt domstolens fasta rättspraxis... att det självständiga gemenskapsrättsliga begreppet ’upphandlande myndighet’ tolkas funktionellt⁵ och ges stor räckvidd⁶, eftersom syftet är att undanröja såväl risken för att nationella anbudsgivare eller nationella sökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt som möjligheten att ett organ som finansieras

29. Det ska påpekas att medlemsstaterna inte unilateralt kan ändra bilaga III till direktivet. I artikel 1.9 i direktivet föreskrivs att medlemsstaterna till kommissionen regelbundet ska anmäla ändringar i sina förteckningar över offentlighetsrättsliga organ. Av artikel 79 i direktivet⁸ följer att endast kommissionen får ändra ”förteckningarna över offentlighetsrättsliga organ och kategorier av organ enligt bilaga III, när dessa, grundade på anmälningar från medlemsstaterna, visar sig nödvändiga”. Kommissionen måste när

4 — Förslag föredraget den 6 september 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl. (REG 2007, s. I-11173), punkt 66.

5 — Se dom av den 10 april 2008 i mål C-393/06, Ing. Aigner (REG 2008, s. I-2339), punkt 37, i vilken hänvisas till domen av den 13 december 2007 i målet Bayerischer Rundfunk m.fl. (ibidem), punkterna 36 och 37 och där angiven rättspraxis. Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer har där bland annat hänvisat till dom av den 27 februari 2003 i mål C-373/00, Adolf Truley (REG 2003, s. I-1931), punkt 41, och dom av den 16 oktober 2003 i mål C-283/00, kommissionen mot Spanien (REG 2003, s. I-11697), punkt 73.

6 — Domstolen angav i sin dom i målet Adolf Truley (ibidem), punkt 43, att "[m]ot bakgrund av detta dubbla syfte att öppna upp för konkurrens och insyn, skall begreppet organ som lyder under offentlig rätt ges stor räckvidd". Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer hänvisade i detta sammanhang till Wollenschläger, F., "Der Begriff des 'öffentlichen Auftraggebers' im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes" ("Begreppet 'upphandlande myndigheter' mot bakgrund av aktuell rättspraxis från EG-domstolen"), *EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht)*, nr 8/2005, s. 345.

7 — Generaladvokaten Ruiz-Jarabo Colomer har i detta sammanhang hänvisat till följande: Dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge (REG 2000, s. I-8035), punkt 17, av den 12 december 2002 i mål C-470/99, Universale-Bau m.fl. (REG 2002, s. I-11617), punkt 52, och domen i målet Adolf Truley (ovan fotnot 5), punkt 42.

8 — Som har rubriken "Ändringar".

den gör detta följa kommittéförfarandet.⁹ Det framgår av handlingarna i förevarande mål att kommittéförfarandet hittills inte har inletts vad avser tyska sjukkassor.

30. Mot bakgrund av det ovan angivna anser jag att den omständigheten att de tyska sjukkassorna är uppräknade i bilaga III till direktivet medför en presumtion att de ska anses som upphandlande myndigheter i den mening som avses i direktivet.¹⁰ Förteckningen i bilaga III är visserligen inte uttömmande till sin art, men gemenskapslagstiftaren har genom att anta förteckningen angett vissa organ som, enligt denna, ska klassificeras som offentligrättsliga organ.¹¹ Vidare kan

9 — I artikel 79 i direktivet hänvisas till det förfarande som anges i artikel 77, som har rubriken ”Rådgivande kommitté”, i vilken föreskrivs att artiklarna 3 och 7 i rådets beslut 1999/468/EG av den 28 juni 1999 om de förfaranden som ska tillämpas vid utövandet av kommissionens genomförandebefogenheter (EGT L 184, s. 23) ska tillämpas med beaktande av bestämmelserna i artikel 8 i det beslutet.

10 — Det ska allmänt sett finnas en möjlighet för en myndighet att framföra argument för att visa varför den inte (längre) ska anses vara ett offentligrättsligt organ i den mening som avses i direktivet, men detta har inte fastställts i förevarande fall.

11 — Denna tolkning förefaller överensstämma med domen i målet *Adolf Truley* (ovan fotnot 5) i vilken domstolen i punkt 44 slog fast att ”om ett visst organ inte återfinns i förteckningen i bilaga I till direktiv 93/37, skall det aktuella organets rättsliga och faktiska situation i varje enskilt fall utredas i syfte att bedöma huruvida det tillgodoser allmänna intressen eller inte”. Se även Trepte, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, andra upplagan, Oxford University Press, 2007, s. 102, avdelning 2.21: ”det ansågs klart nödvändigt att upprätta en förteckning över de organ i alla medlemsstater vilka, vid den aktuella tidpunkten, ansågs omfattas av detta begrepp. Detta skulle innebära att det i förteckningarna... anges vilka enheter som, åtminstone [min kursivering], ska anses vara juridiska personer som lyder under offentlig rätt.” Trepte påpekar också att domstolen har använt de organ som förekommer i förteckningarna i bilagan som exempel på de typer av organ som ska omfattas och hänvisar till domstolens dom av den 10 november 1998 i mål C-360/96, *BFI Holding* (REG 1998, s. I-6821), punkt 51, och av den 10 maj 2001 i de förenade målen C-223/99 och C-260/99, *Agorà och Excelsior* (REG 2001, s. I-3605), punkt 37.

förteckningen i bilaga III endast ändras genom det ovan beskrivna kommittéförfarandet.¹²

31. Jag vill i detta hänseende påpeka att gemenskapslagstiftarens ställning reflekteras i en dom från Bundesverfassungsgericht (Tysklands författningsdomstol på förbunds-nivå) av den 31 januari 2008,¹³ i vilken den domstolen slog fast att de lokala sjukkassorna är offentligrättsliga organ.

32. Jag ska emellertid visa att de tyska sjuk-kassorna, under alla omständigheter, ska klassificeras som upphandlande myndigheter.

33. Definitionen av en ”upphandlande myndighet” i artikel 1.9 i direktiv 2004/18 följer lydelsen i de tidigare direktiven angä-

12 — Jämför generaladvokaten Albers förslag till avgörande i målet *University of Cambridge* (se ovan fotnot 7), punkt 20. För en liknande tolkning, se Chiti, M. P., ”The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law”, *European Public Law*, volym 8, utgåva 4, 2002, s. 489. Se även domen i målet *Adolf Truley* (ovan fotnot 5), punkt 39, där domstolen angav att förteckningens ”exakthet varierar avsevärt från en medlemsstat till en annan”.

13 — I BvR 2156/02.

ende offentlig upphandling. Direktivet utgör nämligen i stor utsträckning en omarbetning eller konsolidering av bestämmelserna i samtliga tidigare direktiv om offentlig upphandling.¹⁴

34. Domstolen har i enlighet med gällande rättspraxis slagit fast att villkoren i artikel 1.9 i direktivet – det vill säga att organet i) har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär, ii) är en juridisk person och iii) till största delen finansieras av staten – är kumulativa.¹⁵ Domstolen har emellertid beträffande det tredje villkoret om ”ett organs nära anknytning till staten” angett att de olika villkoren är alternativa.¹⁶

35. Det framgår av handlingarna i målet att det är ostridigt att de två första av de tre ovannämnda villkoren är uppfyllda i förevarande fall.

14 — Se domen i målet *Ing. Aigner* (ovan fotnot 5), punkt 51, i vilken för ett liknande resonemang hänvisas till domen i målet *Bayerischer Rundfunk m.fl.* (ovan fotnot 4), punkt 30.

15 — Se domen i målet *Ing. Aigner* (ovan fotnot 5), punkt 36, med hänvisning till dom av den 1 februari 2001 i mål C-237/99, kommissionen mot Frankrike (REG 2001, s. I-939), punkt 40 och där angiven rättspraxis. Se även domen i målet *Adolf Truley* (ovan fotnot 5), punkt 34 och där angiven rättspraxis.

16 — Se domen i målet *Adolf Truley* (ovan fotnot 5), punkt 68, med hänvisning till bland annat domen i målet *University of Cambridge* (ovan fotnot 7), punkt 20, och i målet kommissionen mot Frankrike (ovan fotnot 15), punkt 44.

36. Till följd härav ska jag fokusera på den tredje aspekten av tillräckliga band till staten. Det är mot bakgrund av detta villkor i synnerhet nödvändigt att bedöma huruvida sjukvårdens i) finansieras av staten och/eller ii) är föremål för statlig administrativ tillsyn.

37. För det första, vad gäller det första alternativet – statlig finansiering – följer det av domen i målet *Bayerischer Rundfunk m. fl.*¹⁷ att inte bara direkt statlig finansiering, utan även indirekt finansiering, räcker för att motsvara definitionen. Domstolen angav, i fråga om radio och television, att uttrycket ”till större delen finansieras av staten” ska tolkas så, att det är fråga om sådan finansiering i) om den verksamhet som bedrivs av programföretag som är offentligrättsliga organ, som är juridiska personer och har ett public service-uppdrag, som har en oberoende ställning gentemot staten, som är självförvaltande och vars verksamhet är organiserad på ett sådant sätt att staten inte kan utöva inflytande över densamma och som inte ingår i statsförvaltningen, och ii) denna verksamhet till större delen finansieras genom en avgift för innehavare av radio- eller TV-mottagare, vilken föreskrivs, beräknas och uppbärs enligt regler i statliga avtal som ingåtts för detta syfte och avgiften inte har sin grund i ett avtal mellan programföretagen och konsumenterna.

38. Förevarande mål är liknande i det avseendet att sjukvårdens finansieras genom lagstadgade tvångsavgifter. I detta sammanhang spelar det enligt min uppfattning liten

17 — Ovan fotnot 4.

roll om ett organ erhåller de statliga medlen direkt från staten, genom skatter, eller indirekt,¹⁸ genom lagstadgade tvångsavgifter.

hälsoministeriet på förbunds nivå har lämnat, enligt vilka avgifterna utgör 95 procent av sjukförsäkringsintäkter.

39. Av handlingarna i målet framgår att det argumentet bekräftas av det faktum att det har diskuterats inom ramen för planerade reformer (med syfte att förenkla avgiftsuppbörden och riskstrukturjämnningen) att överlåta avgiftsuppbörden på en central enhet för hela landet (hälsofond), som därefter skulle överföra – riskviktade – avgifter per medlem till sjukförsäkringskassorna.

41. Dessutom beror avgiftsbeloppet endast på den försäkrades inkomst, upp till inkomstgränsen för bedömningen av avgifterna. Vidare befinner sig sjukförsäkringskassorna, eftersom deras finansiering garanteras av staten, i en särskild ställning i förhållande till deras konkurrenter (det vill säga privata sjukförsäkringskassor). Prestationsskyldigheten är oberoende av huruvida avgifterna faktiskt har betalats. I detta avseende utgör inte de tjänster som sjukförsäkringskassan tillhandahåller ”särskild motprestation” för de tillhandahållna hälsovårdstjänsterna i den mening som avses i domstolens rättspraxis.¹⁹

40. Det ska påpekas att den övervägande delen av befolkningen i Tyskland (ungefär 90 procent) är med stöd av lag tvångsförsäkrad hos en sådan sjukförsäkringskassa och att finansieringen av dessa sjukförsäkringskassor säkerställs genom tvångsmedlemskap och avgifter. Kommissionen har hänvisat till de upplysningar som det tyska

42. Den hänskjutande domstolen gör en åtskillnad mellan förevarande mål och situationen i målet Bayerischer Rundfunk m.fl.²⁰ i det att avgiftssatsen här inte har fastställts av staten, utan av den lagstadgade sjukförsäkringskassan.

18 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 december 1998 i mål C-306/97, Connemara Machine Turf (REG 1998, s. I-8761), punkt 34. Se även exempelvis Brown, A., ”Whether German public broadcasters are financed for the most part by the State so as to fall within the EU Procurement Directives: Bayerischer Rundfunk (C-337/06)”, *Public Procurement Law Review*, nr 4/2008, s. NA 127.

19 — Domen i målet University of Cambridge (ovan fotnot 7), punkt 21.

20 — Ovan fotnot 4.

43. Det ska i detta hänseende erinras om att det framgår av beslutet om hänskjutande att fastställandet av avgiftssatsen kräver godkännande av statens tillsynsmyndigheter. Vidare föreskrivs det i lag exakt hur dessa satsar ska beräknas och att den uppburna intäkten inte får vara lägre eller högre än utgifterna. Eftersom den vida övervägande delen av de intäkter som ska uppbäras är föreskrivna i lag, kan utgiftsbeloppet – och till följd härav fastställandet av avgiftssatsen – i stor utsträckning inte direkt påverkas av den ifrågavarande sjukkassan.

44. Jag anser följaktligen, mot bakgrund av det ovan anförda, att sjukkassorna uppfyller de tredje villkoren (första alternativet), eftersom de till större delen finansieras av staten.

45. Vad avser det andra alternativet, nämligen banden till staten genom tillsyn, slog domstolen i sin dom i målet Adolf Truley fast att det, mot bakgrund av rättspraxis, ”förefaller... vara uteslutet att anse att villkoret administrativ tillsyn är uppfyllt genom att en enkel granskning utförs i efterhand, eftersom en sådan granskning inte gör det möjligt för

myndigheterna att påverka det berörda organets beslut vad gäller offentlig upphandling”.²¹ Som framgår av övervägandena i punkterna 17–19 i detta förslag, och som den hänskjutande domstolen har gjort gällande, är emellertid administrativ tillsyn inom det tyska systemet för lagstadgad sjukförsäkring inte begränsat till ”en enkel granskning” i den mening som avses i nämnda rättspraxis.

46. Domstolen bekräftade i sin dom i målet Adolf Truley²² att kriteriet om administrativ tillsyn ”[d]äremot uppfylls... i en situation där myndigheterna inte endast granskar bokföringen i det berörda organet utan även den löpande förvaltningen avseende sifferuppgifternas riktighet och att verksamheten bedrivs på ett korrekt, ekonomiskt, lönsamt och ändamålsenligt sätt”, vilket tycks vara fallet avseende händelserna i målet vid den nationella domstolen. Kommissionen gjorde en riktig bedömning när den påpekade att uppfyllandet av kriteriet om administrativ tillsyn följer redan av de tillämpliga bestämmelsernas sammankopplande natur, särskilt femte boken i SGB. I den sistnämnda regleras även de juridiska relationerna mellan sjukkassorna och de olika tjänsteleverantörerna såsom läkare, tandläkare, apotekare etc. I lagen föreskrivs de uppgifter som sjukkassorna måste åta sig, det sätt på vilket de ska göra detta och hur de ska finansieras. Slutligen har tillsynsmyndigheterna behörighet att intervensera direkt i sjukkassornas organisation.

21 — Ovan fotnot 5, punkt 70.

22 — Ibidem, punkt 74.

47. Jag anser, i motsats till AOK:s påstående att det inte i realiteten kan föreligga någon administrativ tillsyn, på grund av att de offentliga myndigheterna inte har behörighet att upphäva sjukkassornas upphandlingsbeslut, att vad som är relevant här är ett allmänt beroende av en upphandlande myndighet, snarare är huruvida specifika kontrakt kan påverkas. Det torde följaktligen inte vara nödvändigt att visa att den existerande administrativa tillsynen omfattar förfarandet för tilldelning av kontrakt.²³

48. Det finns flera paralleller som kan dras till domen i målet kommissionen mot Frankrike.²⁴ För det första handlar det, liksom i det målet, även här om en situation där sjuk-kassornas verksamhet är ”mycket snävt reglerad”. För det andra är det, liksom domstolen vidare slog fast i sin dom i det målet, också här uppenbart att ”[e]ftersom bestämmelserna om förvaltningen är mycket detaljerade kan... enbart övervakningen av att de iakttas leda till att myndigheterna ges ett väsentligt inflytande”. För det tredje har tillsynsmyndigheten, liksom i förevarande fall, behörighet att ”besluta att [en sjukkassa] ska upplösas... samt... att upplösa lednings-

organen, [ta över driften i egen regi eller] utse en tillfällig förvaltare”. För det fjärde fastslog domstolen att även om utövandet av den behöriga myndighetens ovan nämnda behörighet ”i själva verket sker i undantagsfall, innebär det likväl en ständig tillsyn som i sig möjliggör en upptäckt av allvarliga brister eller försummelser från ledningsorganens sida”.

49. Slutligen bekräftas den omständigheten att villkoret om administrativ tillsyn är uppfyllt i förevarande mål även genom en dom från Bundesverfassungsgericht,²⁵ som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, i vilken den förstnämnda domstolen slog fast att sjukkassor ”åtnjuter självförvaltning i den meningen att de har fritt utrymme för agerande under eget ansvar enbart i ytterst begränsad omfattning” och att ”de till stor del är fråntagna rätten att själva ansvara för den rättsliga utformningen av stadgar, organisation samt avgifter och prestationer”.

23 — Se Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 260, avdelning 5.7. Generaladvokaten Alber angav i detta sammanhang i sitt förslag till avgörande i målet *University of Cambridge* (ovan fotnot 7), punkt 37, följande: ”Visserligen har domstolen, i domarna i målen *Connemara Machine Turf...* och *kommissionen mot Irland...* såvitt avsåg frågan om ett organ i Irland var en upphandlande myndighet, fastställt att det måste finnas en statlig kontroll över tilldelningen av offentliga upphandlingskontrakt (men domstolen fann det tillräckligt att staten, även om det inte fanns någon bestämmelse som föreskrev att dess kontroll omfattade organet i fråga, indirekt kunde utöva en sådan kontroll).”

24 — Se ovan fotnot 15, punkterna 50, 52, 54 och 56.

50. Av det ovan anförda följer att de ifrågakvarande sjukkassorna även uppfyller (det andra alternativet i) det tredje villkoret, eftersom de är föremål för administrativ tillsyn av staten.

25 — Dom av den 9 juni 2004, DVBl. 2004, s. 1161, på s. 1163.

51. Följaktligen utgör de ifrågavarande tyska sjukkassorna offentligrättsliga organ, eftersom de uppräknas som sådana i bilaga III i direktiv 2004/18 och under alla omständigheter uppfyller samtliga villkor enligt domstolens rättspraxis för att klassificeras som sådana.

54. AOK har i huvudsak hävdad att den relevanta frågan är hur värdet av "varudelen" och "tjänstedelen" ska fastställas, vilka tillsammans utgör ett blandat kontrakt. I ett fall som det förevarande måste man, bortsett från värdefaktorn, fastställa vilket av tillhandahållandena som är "karaktäristisk för kontraktets innehåll".

B — *Den andra tolkningsfrågan*

52. Eftersom den första tolkningsfrågan har besvarats jakande, önskar den hänskjutande domstolen få klarhet i huruvida det ifrågavarande tillhandahållandet av varor ska anses utgöra ett "varukontrakt" eller ett "tjänstekontrakt". Betydelsen härav ligger i att en klassificering som "varukontrakt" skulle medföra att bestämmelserna i direktiv 2004/18 ska tillämpas fullt ut.

55. Kommissionen har i huvudsak gjort gällande att avgränsningen mellan offentligt tillhandahållande av varor och offentligt tillhandahållande av tjänster regleras i artikel 1.2 d andra stycket i direktiv 2004/18, där det kvantitativa värderingskriteriet stadgas.

2. Prövning

1. Parternas argument i huvudsak

53. Oymanns har i huvudsak gjort gällande att tillhandahållandet av varor som produceras individuellt ska anses som en helhet för att utgöra tillhandahållande av varor.

56. Jag anser för det första, till skillnad från den hänskjutande domstolen att rättspraxis enligt domen i målet Auroux m.fl.²⁶, enligt vilken avgränsningen mellan ett offentligt tjänstekontrakt och ett offentligt byggentre-

26 — Dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl. (REG 2007, s. I-385), punkterna 37 och 46.

prenadkontrakt skulle göras på grundval av kontraktets huvudsakliga föremål (ett kvalitativt test) – inte kan tillämpas för att göra en åtskillnad mellan varukontrakt och tjänstekontrakt.

57. I detta hänseende föreskrivs i stället i artikel 1.2 d i direktiv 2004/18 att "[e]tt offentligt kontrakt som avser både varor och tjänster... skall anses vara ett offentligt tjänstekontrakt om *värdet* av tjänsterna ifråga [ett kvantitativt test] är högre än värdet av de varor som kontraktet omfattar" (min kursivering).²⁷ Tolkningen att värdet är det enda kriteriet som avgör huruvida det är fråga om ett offentligt varukontrakt eller ett offentligt tjänstekontrakt bekräftas även av lydelsen i artikel 22 i direktivet.

58. Eftersom frågan om värdet avser faktiska omständigheter, ska den avgöras av den hänskjutande domstolen. Den allmänna regeln är emellertid att kontraktet är ett varukontrakt om värdet av den betalning som avser varorna är lika stort eller större än det värde som kan tillmätas tjänsterna. I det motsatta fallet är kontraktet ett tjänstekontrakt.²⁸

59. Det är följaktligen nödvändigt att fastställa hur framställningen av den individuellt anpassade skon ska inordnas i den sammanlagda prestationen (vilken bland annat utgörs av tillverkningen av skon och därtill knutna tjänster).

60. Jag anser emellertid att tillverkningen av individuellt anpassade skor *prima facie* ska anses omfattas av begreppet tillhandahållande av varor. Den hänskjutande domstolen har i detta hänseende på grundval av en preliminär uppskattning gjort gällande att värdet av skon, trots de omfattande rådgivningskyldigheterna, är högre än värdet av tjänsterna. Vidare har den hänskjutande domstolen gjort en riktig bedömning när den påpekade att enligt artikel 1.4 i direktiv 1999/44 likställs sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som ska framställas eller tillverkas med köpeavtal, oberoende av om det rör sig om standardiserade varor eller varor som anpassats individuellt till inköpsförfarandet (så kallade speciesköp). Detta bekräftar att bedömningen beror på förhållandet mellan värdet av den tillverkade skon och värdet av rådgivningen.

61. Dessutom har kommissionen gjort en riktig bedömning när den påpekade att förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling,²⁹ i vilken ortopediska skor omnämns vid

27 — För ett avgörande rörande både varor och tjänster, se exempelvis dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121).

28 — Se Arrowsmith, S. (ovan fotnot 23), s. 332, avdelning 6.73, och Trepte, P. (ovan fotnot 11), s. 235, avdelning 4.107.

29 — Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) (EGT L 340, 2002, s. 1).

ett flertal tillfällen, ger upphov till presumptionen att de utgör "varor" även om de kräver rådgivning.³⁰ Slutligen kan det även, i linje med artikel 1.2 d andra stycket i direktiv 2004/18 hävdas att det i målet vid den nationella domstolen aktuella kontraktet är ett offentligt varukontrakt (i det här fallet avseende tillhandahållande av skor) vilket, för övrigt, också omfattar en väldigt specifik form av "installationsförfaranden" (tillhandahållande av tjänster, i det här fallet detaljerad rådgivning angående användningen av varan). Andra exempel kan inbegripa ett kontrakt för dataprocesssystem, vilket ofta omfattar både hårdvara (varor) och specialbeställd mjukvara eller ett kontrakt för både tillhandahållande av varor (exempelvis fordon) och underhåll av dessa.³¹

C — Den tredje tolkningsfrågan

63. För det fall att det tillhandahållande av varor som avses i den andra tolkningsfrågan ska klassificeras som en "tjänst", har den hänskjutande domstolen genom den tredje tolkningsfrågan i huvudsak önskat få klarhet i huruvida en "tjänstekoncession" – i motsats till "ramavtal" – är tillämplig på sådana omständigheter som dem som är aktuella i målet vid den nationella domstolen. Den hänskjutande domstolen har påpekat att en klassificering som "tjänstekontrakt" enligt nationell rätt leder till att vissa bestämmelser om offentlig upphandling ska tillämpas, vilket innebär att klaganden Oymanns begäran i så fall åtminstone delvis skulle bifallas, medan klagandens begäran skulle aviseras direkt om kontraktet betraktades som en "tjänstekoncession".

62. Följaktligen ska den andra tolkningsfrågan besvaras så att tillhandahållande av varor som tillverkas och anpassas i enlighet med varje kunds behov, och individuell rådgivning om hur varan ska användas till varje kund, ska klassificeras som "varukontrakt" eller som "tjänstekontrakt", beroende på vilket värde som ska tillmätas de specifika tjänsterna, vilket avser faktiska omständigheter och således ska avgöras av den hänskjutande domstolen.

1. Parternas huvudsakliga argument

30 — Vidare föreskrivs i tysk rätt att skor av detta slag utgör "tillbehör", oavsett huruvida de är serietillverkade eller måttbeställda (128 § i femte boken i SGB, kategori 31, "Skor").

31 — Se Arrowsmith, S. (ovan fotnot 23), s. 331–332, avdelning 6.73.

64. Oymanns har gjort gällande att den integrerade försörjningen utgör ett ramavtal i den mening att den endast anger den ram som ska tillämpas på individuella kontrakt –

som ska slutas vid ett senare tillfälle – och i synnerhet prissättning.

att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.

65. AOK har i huvudsak gjort gällande att det tillhandahållande av varor som avses inom ramen för den integrerade försörjningen utgör en tjänstekoncession. Ramavtalet är inte tillämpligt, eftersom sjukkassorna, genom att ingå sina kontrakt med leverantören, förlorar kontroll över resten av förfarande.

68. Ett ”ramavtal” definieras som ”ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet”.

66. Kommissionen har i huvudsak hävdad att överenskommelsen mellan sjukkassan och en leverantör utgör ett ramavtal.

69. För det första instämmer jag med Oymanns att det ifrågavarande avtalet inte kan vara en tjänstekoncession eftersom det är sjukkassan – inte patienten, bortsett från låga avgifter – som är ansvarig för att betala ersättning. I detta hänseende hänvisas till domen i målet Parking Brixen.³² Den integrerade försörjningen kan inte klassificeras som en tjänstekoncession, eftersom en sådan innebär en överföring av rätten att utnyttja en viss tjänst, och koncessionsinnehavaren bär hela eller en övervägande del av verksamhetsrisken. I förevarande fall har leverantören ingen skyldighet att tillhandahålla någon tjänst innan han ingår ett individuellt kontrakt med en försäkrad. Han erhåller följaktligen inte som kompensation någon tidigare rätt att

2. Prövning

67. En ”tjänstekoncession” definieras i direktiv 2004/18 som ”ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten

³² — Dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (REG 2005, s. I-8585), punkterna 39 och 40.

utnyttja en tjänst.³³ Leverantören är skyldig att tillhandahålla sina tjänster på begäran av den försäkrade, dock utan någon möjlighet att förhandla om priset eller sin egen ersättning, vilken är överenskommen med sjukkassan och kommer att betalas till honom av den sistnämnda. Leverantören bär således ingen ekonomisk risk i den mening som avses i gemenskapens ovannämnda rättspraxis.

leverantören är skyldig att tillhandahålla skorna och sjukkassan är skyldig att betala kompensation. Den omständigheten att leverantören inte vet i förväg huruvida och i vilken utsträckning den försäkrade kommer att efterfråga hans tjänster utgör just ett av kriterierna för ett ramavtal, i enlighet med artikel 1.5 i direktivet. Jag vill här tillägga att även om den hänskjutande domstolen klassificerade tillhandahållandet i fråga som ett "tjänstekontrakt", anser jag att det ändå skulle klassificeras som ett ramavtal och inte som en tjänstekoncession.

70. Jag anser att kommissionen har gjort rätt i att klassificera avtalet mellan sjukkassan och en leverantör som ett nästan klassiskt exempel på ett ramavtal, eftersom det anger villkoren avseende leverans och rådgivning för de tjänster som ska tillhandahållas under en specifik period. Det är endast på grundval av de senare individuella kontrakten som

71. Mot bakgrund av det ovan anförda, måste den tredje tolkningsfrågan besvaras så att om det tillhandahållande av varor som avses i den andra tolkningsfrågan ska klassificeras som en "tjänst", ska artikel 1.4 i direktivet tolkas så att ett sådant tillhandahållande av varor som avses i målet vid den nationella domstolen inte ska anses utgöra en "tjänstekoncession", i motsats till ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktivet.

33 — Domstolen definierade i sin dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria Verlag* (REG 2000, s. I-745), punkt 30 (angående det tidigare direktiv 93/38), rätten att utnyttja en tjänst som en "rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt". I förevarande fall behöver inte anbudsgivaren installera och underhålla någon kostsam infrastruktur (lokaler, personal, utrustning), vilket skulle ha behövt betalas av genom ersättning för specifika kontrakt.

IV — Förslag till avgörande

72. Jag anser följaktligen att domstolen ska besvara de frågor som Oberlandesgericht Düsseldorf har ställt på följande sätt:

1. De i målet vid den nationella domstolen ifrågavarande tyska sjukkassorna utgör offentligrättsliga organ, eftersom de uppräknas som sådana i bilaga III till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, och under alla omständigheter uppfyller samtliga villkor enligt domstolens rättspraxis för att klassificeras som sådana.
2. Tillhandahållande av varor som tillverkas och anpassas i enlighet med varje kunds behov, och individuell rådgivning om hur varan ska användas till varje kund, ska klassificeras som ”varukontrakt” eller som ”tjänstekontrakt”, beroende på vilket värde som ska tillmätas de specifika tjänsterna, vilket avser faktiska omständigheter och således ska avgöras av den hänskjutande domstolen.
3. Om det tillhandahållande av varor som avses i den andra tolkningsfrågan ska klassificeras som en ”tjänst”, ska artikel 1.4 i direktiv 2004/18 tolkas så att ett sådant tillhandahållande av varor som avses i målet vid den nationella domstolen inte ska anses utgöra en ”tjänstekoncession”, i motsats till ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktivet.