DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

11. juni 2009 *

I sag C-300/07,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) ved afgørelse af 23. maj 2007, indgået til Domstolen den 27. juni 2007, i sagen:

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik

mod

AOK Rheinland/Hamburg,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, K. Lenaerts, og dommerne T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (refererende dommer) og G. Arestis,

* Processprog: tysk.

generaladvokat: J. Mazák
justitssekretær: fuldmægtig C. Strömholm,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. juni 2008,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Hans & Christophorus Oymanns GbR Orthopädie Schuhtechnik ved Rechtsanwälte H. Glahs og U. Karpenstein

— AOK Rheinland/Hamburg ved Rechtsanwalt A. Neun

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved G. Wilms og D. Kukovec, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 16. december 2008,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra c) og d), stk. 4, 5 og 9, andet afsnit, litra c), første og andet alternativ, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT L 134, s. 114).

2 Anmodningen er indgivet under en sag mellem Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, og AOK Rheinland/Hamburg vedrørende spørgsmålene, for det første, om de offentlige tyske sygekasser er ordregivende myndigheder med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 2004/18, for det andet, om den omstændighed, at specialiserede bandagister som følge af en aftale indgået med den offentlige sygekasse stiller ortopædiske sko, som er fremstillet og tilpasset individuelt til patienternes behov, til rådighed, sammen med detaljeret vejledning og måltagning af disse før og efter, at varen stilles til rådighed, skal betragtes som en vareindkøbskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt, og for det tredje, såfremt den pågældende tilrådighedsstillelse af ortopædiske sko skal betragtes som en tjenesteydelse, om der i det foreliggende tilfælde er tale om en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« eller om en »rammeaftale« i den forstand, hvori udtrykkene er anvendt i direktiv 2004/18.

Retsforskrifter

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 1 i direktiv 2004/18 med overskriften »Definitioner« har følgende ordlyd:

»[…]

2. a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

[…]

c) Ved »offentlige vareindkøbskontrakter« forstås andre offentlige kontrakter end dem, der er omhandlet i litra b), og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer.

[…]

d) Ved »offentlige tjenesteydelseskontrakter« forstås offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II.

En offentlig kontrakt, der vedrører både varer og tjenesteydelser som defineret i bilag II, betragtes som en »offentlig tjenesteydelseskontrakt«, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, kontrakten omfatter.

En offentlig kontrakt, der vedrører tjenesteydelser som defineret i bilag II og kun som accessoriske aktiviteter i forhold til kontraktens hovedgenstand omfatter de aktiviteter, der er defineret i bilag I, betragtes som en offentlig tjenesteydelseskontrakt.

4. Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

5. Ved »rammeaftale« forstås en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.

[…]«

4 Artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Som »ordregivende myndigheder« betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter

b) som er en juridisk person og

c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

Ikke-udtømmende fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder kriterierne i andet afsnit, litra a), b) og c), findes i bilag III. Medlemsstaterne underretter jævnligt Kommissionen om ændringer, der er foretaget i deres fortegnelser over organer og sammenslutninger af organer.«

5 I bilag III til direktivet nævnes i del III med overskriften »Tyskland«, nr. 1 »Kategorier«, punkt 1.1 »Instanser«, fjerde led, »Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) (sygekasser, ulykkesforsikrings- og pensionsforsikringskasser)«.

6 Direktivets artikel 21 bestemmer:

»Kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, er udelukkende underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4.«

7 I bilag II B, kategori 25, til samme direktiv nævnes »Sundheds- og socialvæsen«.

8 Artikel 22 i direktiv 2004/18 bestemmer:

»Kontrakter, der samtidig vedrører tjenesteydelser, der er anført i bilag II A, og tjenesteydelser, der er anført i bilag II B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55, hvis værdien af de i bilag II A anførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag II B anførte tjenesteydelser. I andre tilfælde indgås kontrakterne i henhold til artikel 23 og artikel 35, stk. 4.«

9 Direktivets artikel 32, stk. 2, har følgende ordlyd:

»Med henblik på indgåelse af en rammeaftale følger de ordregivende myndigheder de procedureregler, der er omhandlet i dette direktiv […]«

10 Direktivets artikel 79 bestemmer under overskriften »Ændringer«:

»Kommissionen kan efter proceduren i artikel 77, stk. 2, ændre:

[…]

d) fortegnelserne i bilag III over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, hvis dette på baggrund af meddelelser fra medlemsstaterne viser sig at være nødvendigt

[…]«

11 Artikel 1, stk. 4, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25. maj 1999 om visse aspekter af forbrugerkøb og garantier i forbindelse hermed (EFT L 171, s. 12) bestemmer endelig:

»Ved anvendelsen af dette direktiv anses aftaler om levering af varer, som først skal tilvirkes, for aftaler om køb af forbrugsvarer.«

Nationale bestemmelser

12 Præsentationen af den følgende gennemgang af de relevante nationale retsforskrifter fremgår af de procesdokumenter, der er blevet indgivet til Domstolen, og særligt forelæggelsesafgørelsen.

13 Det offentlige sundhedssystem i Tyskland samt organiseringen og finansieringen af de offentlige sygekasser reguleres i den tyske socialsikringslov (Sozialgesetzbuch) i fjerde og femte bog (herefter henholdsvis »SGB IV« og »SGB V«). Den opgave, som de offentlige sygekasser har fået tildelt af lovgiver, defineres således i § 1, stk. 1, i SGB V:

»Sygeforsikringen har i egenskab af solidarisk fællesskab til formål at bevare, genskabe og forbedre de forsikredes helbredstilstand.«

14 Det fremgår af § 4, stk. 1, i SGB V, at de offentlige sygekasser er offentligretlige organer, der har status som juridisk person og er tillagt en selvforvaltningsret. De er oprettet i henhold til §§ 1 og 3 i SGB V. Det fremgår af anmodningen om præjudiciel afgørelse, at langt den overvejende del af den tyske befolkning (ca. 90%) ifølge lov er obligatorisk forsikret i en offentlig sygekasse. Forsikrede omfattet af den obligatoriske ordning kan selv vælge, hvilken sygekasse de vil forsikres i, men de kan ikke vælge mellem en offentlig og en privat sygekasse.

15 Reguleringen af finansieringen af de offentlige sygekasser er indeholdt i §§ 20-28 i SGB IV og i §§ 3 og 220 ff. i SGB V. Denne finansiering sikres gennem obligatoriske bidrag fra de forsikrede, direkte betalinger fra forbundsstaten og betalinger fra det finansielle udligningssystem mellem de offentlige sygekasser og risikofordelingen herimellem.

16 I henhold til forelæggelsesafgørelsen udgør de obligatorisk forsikredes bidrag, og den del heraf, som påhviler deres arbejdsgivere, den største del af de offentlige sygekassers finansiering. Bidragenes størrelse afhænger alene af indkomsten, dvs. den forsikredes betalingsevne. Andre omstændigheder, såsom den forsikredes alder, sundhedstilstand eller antallet af medforsikrede, er uden betydning i denne sammenhæng. I praksis fratrækker arbejdsgiveren den forsikredes andel af bidraget fra lønnen, og bidraget betales dernæst til den offentlige sygekasse sammen med arbejdsgiverens andel af bidraget. Der er tale om offentligretlige forpligtelser, og bidragsopkrævning er i henhold til de offentligretlige bestemmelser obligatorisk.

17 Bidragssatsen fastsættes ikke af staten, men af de offentlige sygekasser. Disse sygekasser skal i henhold til de relevante retsforskrifter beregne satserne således, at de, når de kombineres med andre indtægter, dækker de udgifter, der er fastsat ved lov og sikrer, at

driftsmidlerne og de lovbestemte reserver er til rådighed. Fastsættelsen af bidragssatsen skal godkendes af den statslige tilsynsmyndighed for hver sygekasse. Ifølge forelæggelsesafgørelsen følger bidragsbeløbet til en vis grad af lovgivningen, idet det skal fastsættes således, at indtægterne herfra hverken overstiger eller er lavere end udgifterne. Da de ydelser, der skal præsteres i henhold til den tyske sundhedslovgivning, for langt den overvejende dels vedkommende er fastlagt ved lov, kan den pågældende offentlige sygekasse reelt ikke direkte påvirke udgiftsniveauet.

18 Med henblik på at opretholde de forsikredes bidrag på samme niveau fastsætter §§ 266-268 i SGB V bestemmelser om udligningsbetalinger mellem alle de offentlige sygekasser som følge af risikoudligningen. Ifølge den forelæggende rets bemærkninger findes der i denne forbindelse en gensidig solidaritetsforpligtelse mellem sygekasserne, idet hver af dem har ret til at modtage kompensation eller pligt til at betale kompensation af en vis størrelse.

19 De offentlige sygekasser, som i henhold til § 4, stk. 1, i SGB V har en selvforvaltningsret, er underlagt statslig kontrol. Ifølge forelæggelsesafgørelsen er denne kontrol ikke begrænset til blot at være en efterfølgende legalitetskontrol.

20 Visse af de offentlige sygekassers foranstaltninger kræver tilsynsmyndighedernes godkendelse, såsom ændringer af deres vedtægter og fastsættelse af bidragssatsen, byggeri og ejendomshandler samt tilvejebringelse af software, hvilket fremgår af § 195, stk. 1, § 222, stk. 2, og § 241 i SGB V. Tilsynsmyndighederne skal mindst hvert femte år kontrollere de offentlige sygekassers forretningsmæssige, regnskabsmæssige og driftsmæssige forvaltning. Kontrollen, som bl.a. omfatter lønsomheden af den

pågældende sygekasses aktiviteter, kan være hyppigere (§ 69, stk. 2, og § 88, stk. 1, i SGB IV samt § 274, stk. 1, i SGB V). Inden for rammerne af kontrollen bestemmes det i § 88, stk. 2, i SGB IV, at sygekasserne er forpligtede til at fremsende alle de nødvendige dokumenter og oplysninger til tilsynsmyndigheden. Det følger i øvrigt af § 37 og § 89, stk. 3, i SGB IV, at hvis de pågældende sygekassers selvforvaltningsorganer nægter at udføre de opgaver, som de er forpligtede til at udføre, varetager tilsynsmyndigheden selv disse opgaver.

21 Hver offentlig sygekasses budget skal indgives rettidigt til den kompetente tilsynsmyndighed (§ 70, stk. 5, i SGB IV), og tilsynsmyndigheden kan slutte sygekasser, der ikke er levedygtige, sammen med andre sygekasser eller lukke dem (§ 146a, § 153, første punktum, nr. 3, § 156, § 163, første punktum, nr. 3, § 167, andet punktum, og § 170 i SGB V).

22 Da den forsikrede inden for rammerne af den pågældende ordning ikke har ret til via den offentlige sygekasse at få tilbagebetalt udgifter, men derimod til at få vederlagsfri adgang til de tilsvarende ydelser (§ 2, stk. 2, i SGB V) i henhold til princippet om naturalieydelser, opfordres de offentlige sygekasser til at indgå multisektorielle eller tværfaglige aftaler med forskellige leverandører. Disse »aftaler om integreret pleje og behandling«, der er omhandlet i § 140a til § 140c i SGB V, indgås mellem de offentlige sygekasser og forskellige leverandører, der kan yde behandling til de forsikrede. I disse fastsættes beløbet for de forskellige ydelser omfattet af aftalerne om integreret pleje og behandling, der tilsigter at dække det samlede vederlag for den ydelse, den forsikrede kan kræve inden for rammerne af ordningen. Det er den offentlige sygekasse, der er part i den integrerede pleje og behandlingsordning, og som skal betale leverandøren for

dennes ydelse. De forsikredes deltagelse i de forskellige ordninger er frivillig, men når først en forsikret vælger en sådan ordning, er han forpligtet til at anvende ydelserne fra den leverandør, som den pågældende offentlige sygekasse har indgået en sådan aftale med.

23 Under proceduren ved Domstolen er der ligeledes blevet nævnt to afgørelser afsagt af Bundesverfassungsgericht i forbindelse med sygekassernes rolle i Tyskland.

24 I kendelse af 9. juni 2004 (2 BvR 1248/03 og 2 BvR 1249/03) har Bundesverfassungsgericht fastslået følgende:

»Socialretten er et af de vigtigste instrumenter i statens socialpolitik. Inden for rammerne af socialstaten, som er fastlagt ved forfatningen (Grundgesetz), er beskyttelsen i forbindelse med sygdom en af statens grundlæggende opgaver. Dette har lovgiver antaget ved at sikre beskyttelsen af størstedelen af befolkningen ved indførelse af den lovpligtige sygeforsikring, en offentlig obligatorisk forsikring, og ved at fastlægge gennemførelsesbestemmelser for denne beskyttelse. De lovpligtige sygekassers hovedopgave består i gennemførelse af en detaljeret sociallovgivning skabt med henblik på gennemførelsen af denne grundlæggende statslige opgave.«

25 I kendelse af 31. januar 2008 (1 BvR 2156/02) fastslog Bundesverfassungsgericht endelig, at sygekasserne er offentligretlige organer, som er en del af staten, og som indirekte udøver opgaver inden for den statslige administration.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

26 Ved bekendtgørelse offentliggjort i juni 2006 i et specialtidsskrift opfordrede AOK Rheinland/Hamburg, en offentlig sygekasse, ortopædi-bandagister til at afgive bud på fremstilling og levering af sko inden for rammerne af den integrerede behandling og pleje som omhandlet i § 140a ff. i SGB V i perioden fra den 1. september til den 31. december 2006. De ydelser, der skulle præsteres, var alt efter opgavens omfang inddelt i forskellige standardkategorier, som de bydende skulle give priser på.

27 Antallet af sko, der skulle leveres, var ikke fastlagt. Det fremgik, at patienterne, som led af det såkaldte »diabetiske fodsyndrom«, med et sygesikringsbevis og en lægerecept skulle rette henvendelse direkte til den pågældende ortopædi-bandagist. Dennes opgave bestod i fremstilling og kontrol af en ortopædisk sko individuelt tilpasset efter patientens behov og indgående vejledning med måltagning før og efter udlevering af skoene. Betalingen skulle — med undtagelse af patienternes bidragsandel — afholdes af den offentlige sygekasse.

28 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, en ortopædisk skomagervirksomhed, afgav bud og påberåbte sig to dage senere tilsidesættelser af de fællesskabsretlige og nationale bestemmelser om indgåelse af offentlige kontrakter. Den offentlige sygekasse afslog klagerne med henvisning til, at bestemmelserne om offentlige kontrakter ikke fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde. Da virksomheden ikke fik medhold i sin sag anlagt til prøvelse af denne afgørelse ved første instans, indbragte den sagen for appelkammeret i udbudssager ved Oberlandesgericht Düsseldorf.

29 Denne ret bemærkede for det første, at det er omtvistet i tysk teori og retspraksis, om de offentlige sygekasser skal betragtes som offentligretlige organer og således som ordregivende myndigheder i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt direktiv 2004/18, uanset at de er nævnt i direktivets bilag III. Derfor redegjorde retten for problematikken i forhold til de forskellige betingelser i denne forbindelse i direktivets artikel 1, stk. 9, andet afsnit.

30 Hvad angår betingelserne i bestemmelsens punkt a) og b) har den forelæggende ret anført, at disse betingelser er opfyldt, for så vidt som de offentlige sygekasser er offentligretlige juridiske personer oprettet netop for at opfylde et behov for at bevare, genskabe og forbedre de forsikredes helbredstilstand, altså behov af almen interesse. Disse behov har i øvrigt ikke industriel eller erhvervsmæssig karakter, idet de offentlige sygekasser ikke har erhvervsmæssige aktiviteter og ikke præsterer deres ydelser for at opnå overskud.

31 Tvisten vedrører derfor betingelserne i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), i direktiv 2004/18.

32 Hvad angår den første af disse betingelser, nemlig at organet for størstedelens vedkommende finansieres af staten, har den forelæggende ret henvist til arten af det omhandlede nationale system, således som den fremgår af denne doms præmis 13-18.

33 Hvad angår betingelsen om, at organets drift er underlagt de offentlige myndigheders kontrol, har den forelæggende ret henvist til systemets relevante forhold, således som de fremgår af denne doms præmis 19 og 20.

34 Hvis det skal konkluderes, at de offentlige sygekasser er ordregivende myndigheder, opstår der herefter spørgsmål om, hvorvidt den i hovedsagen omhandlede kontrakt skal kvalificeres som vareindkøbskontrakt eller som tjenesteydelseskontrakt. Den forelæggende ret har i denne forbindelse bemærket, at artikel 1, stk. 2, litra d), andet afsnit, i direktiv 2004/18 opstiller et kriterium for denne vurdering, ud fra værdien af de omhandlede ydelser og varer. På grundlag af dette kriterium er det ifølge den forelæggende ret afgørende at vide, hvilken plads fremstillingen af de i hovedsagen omhandlede sko har i hele den tjenesteydelse, som omfatter indkøb af materialer, fremstilling, vejledning og oplysninger til kunderne.

35 Såfremt den individualiserede fremstilling af de i hovedsagen omhandlede sko skal betragtes som en del af vareleverancen, er den forelæggende ret af den opfattelse, at værdien af leverancen af skoene må anses for at overstige værdien af tjenesteydelserne. Såfremt leverancens værdi derimod alene omfatter råvarerne, overstiger værdien af tjenesteydelserne leverancens værdi. Den forelæggende ret har bemærket, at det taler for det første synspunkt, at artikel 1, stk. 4, i direktiv 1999/44 ligestiller »aftaler om levering af varer, som først skal tilvirkes«, med købsaftaler, uanset om der herved er tale om standardvarer eller genstande, der skal tilpasses individuelt på grundlag af den konkrete bestilling, dvs. ikke-substituerbare varer. Det kan imidlertid udledes af Domstolens praksis, at kvalitative aspekter ligeledes spiller en rolle i denne sammenhæng (jf. dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Auroux m.fl., Sml. I, s. 385, præmis 46). I lyset heraf skal der tages hensyn til en betragtning om, at den vejledning, der ydes til patienterne, ikke er begrænset til valget og anvendelsen af varen.

36 Den forelæggende ret har understreget, at denne begrænsning er væsentlig, idet klassificeringen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt som vareindkøbskontrakt indebærer, at bestemmelserne i direktiv 2004/18 anvendes fuldt ud.

37 Hvis den i hovedsagen omhandlede kontrakt ikke skal kvalificeres som vareindkøbskontrakt, har den forelæggende ret for det tredje rejst spørgsmålet, om kontrakten skal betragtes som en tjenesteydelseskontrakt eller som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Som det fremgår af artikel 17 i direktiv 2004/18, finder direktivet ikke anvendelse i sidstnævnte tilfælde. Den ret, der tog stilling i første instans, var af den opfattelse, at den sidstnævnte mulighed skulle udelukkes, allerede fordi det er den offentlige sygekasse og ikke patienten, der afholder betalingen til tjenesteyderen. Den forelæggende ret er imidlertid af den opfattelse, at der ligeledes skal tages hensyn til kriteriet om fastlæggelsen af, hvem der bærer den finansielle risiko. I denne forbindelse er det på den ene side væsentligt, at tjenesteyderen i forhold til debitorer undgår inddrivelses- og insolvensrisikoen, da det er den offentlige sygekasse og ikke patienten, der skal aflønne tjenesteyderen. På den anden side bærer tjenesteyderen dog risikoen for, at hans varer og tjenesteydelser ikke vælges af patienterne. Det er i øvrigt dette forhold, der adskiller det foreliggende tilfælde fra almindelige rammeaftaler. Efter den forelæggende rets opfattelse er det afgørende i forbindelse med kvalifikationen af den i hovedsagen omhandlede kontrakt som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, at tjenesteyderen ikke først skal etablere udgiftskrævende strukturer, såsom etablering af lokaler eller omkostninger til personale og apparater, som efterfølgende skal afdrages ved »retten til at udnytte sin egen ydelse« (dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria og Telefinadress, Sml. I, s. 10745, præmis 30).

38 Endelig har den forelæggende ret anført, at hvis den i hovedsagen omhandlede kontrakt skulle betragtes som en tjenesteydelseskontrakt, ville dette på grund af dens karakter af tjenesteydelse inden for området sundheds- og socialvæsen i henhold til artikel 21 og bilag II B, kategori 25, i direktiv 2004/18 føre til, at alene direktivets artikel 23 og artikel 35, stk. 4, skulle finde anvendelse, og at en tilsidesættelse af disse bestemmelser på forhånd er udelukket. En sådan kvalifikation ville imidlertid medføre anvendelsen af visse nationale bestemmelser, som anvender samme begreb »tjenesteydelseskontrakt«, på grundlag af hvilke sagsøgte i hovedsagen delvis ville blive frifundet.

39 Henset til disse betragtninger har Oberlandesgericht Düsseldorf besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) a) Skal kriteriet »finansieres af staten« i […] artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), første alternativ, [i direktiv 2004/18] fortolkes således, at det omfatter den situation, at staten pålægger medlemskab af en sygekasse samt pligt til at betale — et indkomstafhængigt — bidrag til den pågældende sygekasse, hvorved sygekassen fastsætter bidragssatsen, mens sygekasserne som nærmere beskrevet i præmisserne er indbyrdes forbundne inden for en solidarisk finansieringsordning, og der er garanti for, at den enkelte sygekasse opfylder sine forpligtelser?

b) Skal betingelsen, der udtrykkes med ordene »hvis drift er underlagt disses kontrol« i […] artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), andet alternativ, [i direktiv 2004/18] fortolkes således, at et retligt tilsyn fra staten, som også omfatter løbende og fremtidige transaktioner — og som i givet fald omfatter yderligere statslige indgrebsmuligheder som beskrevet i præmisserne — er tilstrækkeligt for, at denne betingelse er opfyldt?

2) Såfremt spørgsmål 1 — litra a) eller b) — besvares bekræftende, skal […] artikel 1, stk. 2, litra c) og d), [i direktiv 2004/18] da fortolkes således, at den omstændighed, at der stilles varer til rådighed, som er udformet, fremstillet og tilpasset efter den enkelte kundes behov, samt at den enkelte kunde rådgives individuelt om anvendelsen af varerne, skal kvalificeres som »vareindkøbskontrakter« eller som »tjenesteydelseskontrakter«? Skal der i denne forbindelse alene tages hensyn til værdien af den pågældende ydelse?

3) Såfremt den i spørgsmål 2 beskrevne omstændighed, at der stilles varer til rådighed, skal eller kan kvalificeres som »tjenesteydelse«, skal […] artikel 1, stk. 4, [i direktiv

2004/18] — til forskel fra en rammeaftale, jf. direktivets artikel 1, stk. 5 — da fortolkes således, at der ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« også forstås tildeling af kontrakter, der er udformet således, at

— afgørelsen af, om og i hvilket tilfælde leverandøren tildeles individuelle kontrakter, ikke træffes af ordregiver, men af tredjemand

— ordregiver betaler leverandøren, idet ordregiver ifølge lov er enedebitor og forpligtet til at præstere tjenesteydelsen i forhold til tredjemand, og

— leverandøren ikke skal præstere eller have nogen som helst form for ydelse parat, inden tredjemand anmoder herom?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

40 Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om offentlige sygekasser som de i hovedsagen omhandlede, henset til karakteren heraf som beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, skal betragtes som ordregivende myndigheder med henblik på anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 2004/18.

41 For at besvare dette spørgsmål skal der først tages stilling til det indledningsvise underliggende spørgsmål, som fremgår af forelæggelsesafgørelsens præmisser og af den problematik, som den forelæggende ret har redegjort for, nemlig spørgsmålet, om den

omstændighed, at de i hovedsagen omhandlede offentlige sygekasser udtrykkeligt nævnes i bilag III til direktiv 2004/18, udgør et tilstrækkeligt element til at fastslå, at de alene af denne grund udgør offentligretlige organer og således ordregivende myndigheder.

42 Sagsøgeren i hovedsagen og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har i denne forbindelse gjort gældende, at den omstændighed, at en enhed er medtaget i bilag III til direktiv 2004/18, udgør en tilstrækkelig betingelse for at kvalificere denne enhed som et offentligretligt organ. En sådan medtagelse udgør en uafkræftelig formodning for denne kvalifikation, som gør det overflødigt at foretage yderligere undersøgelser af den pågældende enheds art og karakteristik.

43 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

44 Det fremgår således af artikel 234, stk. 1, litra b), EF, at en national domstol til enhver tid kan spørge Domstolen om gyldigheden af en retsakt, der er udstedt af Det Europæiske Fællesskabs institutioner, hvis den finder, at en afgørelse fra Domstolen på dette punkt er nødvendig for, at den kan afsige dom.

45 Det skal i denne forbindelse understreges, at de omhandlede fællesskabsforskrifter, nemlig direktiv 2004/18, både indeholder materielle bestemmelser, såsom direktivets artikel 1, stk. 9, andet afsnit, som opregner de betingelser, som et organ skal opfylde for at blive betragtet som ordregivende myndighed i direktivets forstand, og foranstaltninger til gennemførelse af disse materielle bestemmelser, såsom indsættelsen i bilag III til direktivet af en ikke-udtømmende liste over offentlige organer, der opfylder disse betingelser. I lyset heraf tilkommer det Fællesskabets retsinstanser, når de forelægges en begrundet anmodning herom af en national ret, at sikre sig, at den pågældende fællesskabsretsakt er sammenhængende, ved at undersøge, om optagelsen af et givent organ på den pågældende liste er udtryk for en korrekt anvendelse af de materielle kriterier i bestemmelsen. Denne indgriben fra Domstolens side er krævet ud fra retssikkerhedsprincippet, som udgør et grundlæggende fællesskabsretligt princip.

46 Den forelæggende ret har — om end ikke udtrykkeligt — rejst spørgsmålet om gyldigheden af optagelsen i bilag III til direktiv 2004/18 af de i hovedsagen omhandlede offentlige sygekasser. Den har henvist til eksisterende uoverensstemmelser i den tyske retspraksis og teori for så vidt angår spørgsmålet, om denne optagelse udgør en tilstrækkelig og afgørende betingelse for at kvalificere de pågældende sygekasser som offentligretlige organer, og lader sin egen tvivl på dette punkt skinne klart igennem. Af disse grunde har retten formuleret det første spørgsmål i lyset af de væsentlige betingelser i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), i direktiv 2004/18.

47 Den forelæggende ret har følgelig anmodet Domstolen om at tage stilling til gyldigheden af optagelsen af det i hovedsagen omhandlede organ i bilag III til direktiv 2004/18, henset til de materielle betingelser i den pågældende bestemmelse.

48 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål skal det bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at de tre betingelser i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a), b) og c), i direktiv 2004/18, som skal være opfyldt for, at en enhed kan betragtes som et offentligretligt organ, er kumulative (dom af 10.4.2008, sag C-393/06, Ing. Aigner, Sml. I, s. 2339, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

49 Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, er betingelserne i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra a) og b), i direktiv 2004/18 opfyldt i nærværende sag. De offentlige sygekasser er således offentligretlige juridiske personer, de er oprettet ved lov for særligt at opfylde behov forbundet med den offentlige sundhed, hvilket er behov af almen interesse, og disse behov har ikke industriel eller erhvervsmæssig karakter, for så vidt som sygekasserne ikke præsterer deres ydelser for at opnå overskud. Det skal således blot undersøges, om i det mindste én af de alternative betingelser i direktivets artikel 1,

stk. 9, andet afsnit, litra c), er opfyldt i det foreliggende tilfælde, og i første omgang betingelsen om, at organet for størstedelens vedkommende finansieres af staten.

50 Hvad angår denne betingelse skal det først bemærkes, at som det fremgår af den omhandlede nationale ordning og kendelserne afsagt af Bundesverfassungsgericht nævnt i denne doms præmis 24 og 25, er beskyttelsen af den offentlige sundhed en grundlæggende statslig opgave, og de offentlige sygekasser er en del af staten og udøver indirekte opgaver inden for den statslige administration.

51 Derefter bemærkes, at det følger af Domstolens praksis, at ordlyden af artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), første alternativ, i direktiv 2004/18 ikke indeholder nogen præcisering om, hvordan den finansiering, der er tale om i bestemmelsen, skal gennemføres. Bestemmelsen kræver således særligt ikke, at de pågældende organers aktiviteter skal være finansieret direkte af staten eller af et andet offentligt organ, for at den omhandlede betingelse er opfyldt. En form for indirekte finansiering er således tilstrækkelig i denne henseende (jf. i denne retning dom af 13.12.2007, sag C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., Sml. I, s. 11173, præmis 34 og 49).

52 Det skal for det første bemærkes, at finansieringen af de i hovedsagen omhandlede offentlige sygekasser i overensstemmelse med den relevante nationale lovgivning sikres gennem bidrag fra de forsikrede, herunder den del af bidragene, som indbetales for de forsikrede af deres arbejdsgivere, direkte betalinger fra forbundsmyndighederne og udligningsbetalinger mellem sygekasserne som følge af ordningen med risikofordeling herimellem. De obligatoriske bidrag fra de forsikrede udgør langt størstedelen af sygekassernes finansiering.

53 Det fremgår for det andet af forelæggelsesafgørelsen, at bidragene fra de forsikrede udbetales uden nogen bestemt modydelse, som omhandlet i Domstolens praksis (jf. i denne retning dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 23-25). Der er således ikke forbundet nogen kontraktmæssig modydelse med

disse betalinger, da hverken bidragsforpligtelsen eller størrelsen heraf følger af en aftale mellem de offentlige sygekasser og de forsikrede, idet de forsikrede efter loven er forpligtet til at betale bidrag ved den blotte omstændighed, at de er forsikret, hvilket er lovpligtigt (jf. i denne retning dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., præmis 45). Størrelsen af bidragene afhænger desuden alene af den forsikredes betalingsevne, idet andre omstændigheder, såsom den forsikredes alder, sundhedstilstand eller antallet af medforsikrede, er uden betydning i denne sammenhæng.

54 Den forelæggende ret har for det tredje anført, at i modsætning til, hvad der var gældende i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., fastsættes bidragssatsen i det foreliggende tilfælde ikke af de offentlige myndigheder, men af de offentlige sygekasser selv. Retten har imidlertid med rette bemærket, at sygekassernes skønsmargin er stærkt begrænset i denne forbindelse, for så vidt som deres opgave er at sikre de ydelser, som følger af lovgivningen om social sikring. Da ydelserne og de hermed forbundne udgifter er pålagt ved loven, og da sygekasserne ikke præsterer deres ydelser for at opnå overskud, skal bidragssatsen fastsættes således, at indtægterne herfra hverken overstiger eller er lavere end udgifterne.

55 Det skal for det fjerde understreges, at de offentlige sygekassers fastsættelse af bidragssatsen under alle omstændigheder skal godkendes af den statslige tilsynsmyndighed for hver sygekasse. Den forelæggende ret har anført, at bidragssatsen således til en vis grad følger af lovgivningen. Hvad endelig angår sygekassernes øvrige indtægter udgør de direkte betalinger fra forbundsmyndighederne — selv om de er af mindre betydning — unægtelig en direkte statslig finansiering.

56 Hvad endelig angår opkrævningen af bidragene fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at den del heraf, som den forsikrede skal betale, i praksis fratrækkes i lønnen af arbejdsgiveren og dernæst indbetales til den offentlige sygekasse sammen med

arbejdsgiverens andel af bidraget. Opkrævningen af bidrag foretages således uden mulighed for indblanding fra den forsikrede. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført, at opkrævning af bidrag er obligatorisk i henhold til offentligretlige lovbestemmelser.

57 Det skal således fastslås i lighed med Domstolens konklusioner i præmis 48 i dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., hvorefter en finansiering af en offentlig sygesikringsordning som den i hovedsagen omhandlede, der udspringer af en statslig retsakt, i praksis garanteres af de offentlige myndigheder og sikres gennem en inddrivelse af de pågældende bidrag, som henhører under udøvelsen af offentlig myndighed, opfylder betingelsen om finansiering for størstedelens vedkommende af staten med henblik på anvendelse af fællesskabsbestemmelserne vedrørende indgåelse af offentlige aftaler.

58 Henset til denne konklusion og i lyset af, at betingelserne i artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), i direktiv 2004/18 har karakter af alternativer, er det ufornødent at undersøge, hvorvidt betingelsen vedrørende de offentlige myndigheders kontrol med de offentlige sygekassers drift er opfyldt i nærværende sag.

59 Det første spørgsmål skal derfor besvares med, at artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), første alternativ, i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at der er tale om en finansiering for størstedelens vedkommende fra staten, når de offentlige sygekassers aktiviteter hovedsageligt finansieres ved bidrag, som påhviler de forsikrede, og som pålægges, beregnes og opkræves efter offentligretlige regler som de i hovedsagen omhandlede. Sådanne sygekasser skal betragtes som offentligretlige organer og derfor som ordregivende myndigheder med henblik på anvendelsen af dette direktivs bestemmelser.

Det andet spørgsmål

60 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilket kriterium der skal anvendes ved bestemmelsen af, om en blandet offentlig kontrakt, som både vedrører levering af varer og tjenesteydelser, skal betragtes som en vareindkøbskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt, og om det kriterium, der skal anvendes i denne forbindelse, alene er værdien af de forskellige dele, som den omhandlede blandede kontrakt består af. Det fremgår imidlertid af forelæggelsesafgørelsen, at den nationale ret ligeledes ønsker oplyst — i tilfælde af, at de varer, der stilles til rådighed, er fremstillet og tilpasset individuelt i forhold til hver kundes behov, og om hvis anvendelse hver kunde skal have individuel vejledning — om fremstillingen af disse varer skal medtages i den del af kontrakten, der vedrører »varer«, eller i den del, der vedrører »tjenesteydelser«, med henblik på beregningen af hver af disse deles værdi.

61 For at kunne besvare dette spørgsmål skal det først bemærkes, at når en kontrakt vedrører både varer og tjenesteydelser, indeholder direktiv 2004/18 i artikel 1, stk. 2, litra d), andet afsnit, en særlig bestemmelse, som fastsætter et afgrænsningskriterium med henblik på at betragte kontrakten enten som en vareindkøbskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt, nemlig værdien af henholdsvis de varer og de tjenesteydelser, som indgår i kontrakten. Dette kriterium har en kvantitativ karakter, nemlig en konkret henvisning til værdien af den modydelse, der skal erlægges som betaling for henholdsvis kontraktens »vare«-del og »tjenesteydelses«-del.

62 Hvad derimod angår en offentlig kontrakt, som vedrører præstation af tjenesteydelser og udførelse af bygge- og anlægsarbejde, anvender artikel 1, stk. 2, litra d), tredje afsnit, i direktiv 2004/18 et andet afgrænsningskriterium, nemlig den omhandlede kontrakts hovedformål. Dette kriterium er anvendt i dommen i sagen Auroux m.fl. (præmis 37 og 46), hvori der netop var tale om en kontrakt om bygge- og anlægsarbejde og tjenesteydelser.

63 Det fremgår hverken af de relevante fællesskabsretlige bestemmelser eller af Domstolens retspraksis, at dette kriterium ligeledes kan tages i betragtning i tilfælde af blandede kontrakter om tjenesteydelser og varer.

64 Det skal følgelig bemærkes, at i overensstemmelse med definitionen af begrebet »offentlige vareindkøbskontrakter« i artikel 1, stk. 2, litra c), første afsnit, i direktiv 2004/18 vedrører dette begreb operationer såsom f.eks. køb eller leje af »varer« uden nærmere specifikation i denne henseende og uden at sondre mellem, om de omhandlede varer er blevet fremstillet standardiseret eller individuelt, altså efter den konkrete kundes præferencer og behov. Følgelig omfatter begrebet »varer«, som bestemmelsen generelt henviser til, ligeledes fremstillingsprocessen, uafhængigt af, om varen skal betragtes som stillet til rådighed for forbrugerne som færdigvare eller efter at være blevet fremstillet efter disses krav.

65 Dette synspunkt styrkes af artikel 1, stk. 4, i direktiv 1999/44, som kvalificerer »aftaler om levering af varer, som først skal tilvirkes«, generelt som »aftaler om køb af forbrugsvarer«.

66 Det andet spørgsmål skal derfor besvares med, at når en blandet offentlig kontrakt vedrører både varer og tjenesteydelser, er det kriterium, der skal anvendes ved afgørelsen af, om den omhandlede kontrakt skal betragtes som en vareindkøbskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt, værdien af henholdsvis de varer og de tjenesteydelser, der indgår i kontrakten. I tilfælde af, at de varer, der stilles til rådighed, er fremstillet og tilpasset individuelt i forhold til hver kundes behov, og om hvis anvendelse hver kunde skal have individuel vejledning, skal fremstillingen af disse varer medtages i den del af kontrakten, der vedrører »varer«, med henblik på beregningen af hver af disse deles værdi.

Det tredje spørgsmål

67 Det tredje spørgsmål skal forstås som et ønske om nærmere bestemt at få oplyst, om indgåelsen af en kontrakt mellem en offentlig sygekasse og en ortopædi-bandagist i tilfælde af, at leveringen af tjenesteydelser i den i hovedsagen omhandlede kontrakt er fremherskende i forhold til leveringen af varer, henset til de karakteristika, der er anført i forelæggelsesafgørelsen, skal kvalificeres som en »koncessionskontrakt om tjeneste-

ydelser« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18, eller som en »rammeaftale« i direktivets artikel 1, stk. 5's forstand.

68 I overensstemmelse med definitionen i artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18 forstås ved koncessionskontrakt om tjenesteydelser en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

69 Rammeaftaler defineres i artikel 1, stk. 5, i direktiv 2004/18 som en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.

70 Det fremgår af disse definitioner, at de pågældende begreber har meget lignende karakteristika, hvorfor det ikke på forhånd er let at foretage en fuldstændig klar sondring. Den retlige kvalifikation af en kontrakt afhænger således af de konkrete forhold, som karakteriserer det foreliggende tilfælde.

71 Det fremgår under alle omstændigheder af den ovennævnte definition af koncessionskontrakter om tjenesteydelser, at den er karakteriseret ved en situation, hvori retten til at udnytte en bestemt tjenesteydelse overføres af en ordregiver til en koncessionshaver, som inden for rammerne af den indgåede kontrakt råder over en vis økonomisk frihed til at fastsætte betingelserne for udnyttelsen af retten, og som ligeledes er væsentligt udsat for de risici, der følger af udnyttelsen. En rammeaftale er derimod karakteriseret ved en situation, hvori aktiviteten for den erhvervsdrivende, som deltager i kontrakten, er begrænset, for så vidt som alle de kontrakter, den pågældende erhvervsdrivende indgår i løbet af en bestemt periode, skal overholde de betingelser, der er fastsat i aftalen.

72 Denne sondring er bekræftet af Domstolens praksis, hvorefter der er tale om en tjenesteydelseskoncession, når den aftalte godtgørelsesform består i tjenesteyderens ret til at udnytte sin egen ydelse, og det indebærer, at denne påtager sig risikoen forbundet med driften af de omhandlede tjenesteydelser (jf. dom af 18.7.2007, sag C-382/05, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 6657, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis).

73 I det foreliggende tilfælde er den i hovedsagen omhandlede kontrakt en såkaldt »aftale om integreret pleje og behandling« i henhold til §§ 140a-140e i SGB V, indgået mellem en offentlig sygekasse og en erhvervsdrivende. I henhold til kontrakten påtager den erhvervsdrivende sig en forpligtelse til at betjene de forsikrede, som henvender sig til ham. Prisen for de forskellige ydelser er samtidig fastsat i kontrakten, såvel som dennes varighed. De mængder af de forskellige ydelser, som skal præsteres, er ikke fastsat, men dette er ikke et krav i henhold til begrebet af koncessionskontrakter om tjenesteydelser. Den offentlige sygekasse er den eneste, som betaler vederlag til tjenesteyderen. Det fremgår således, at betingelserne for udøvelsen af den erhvervsdrivendes aktivitet er fastsat i den i hovedsagen omhandlede kontrakt, hvorfor den pågældende erhvervsdrivende hverken råder over nogen økonomisk frihed, hvilket kendetegner en situation med en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, eller nogen væsentlig risiko forbundet med udnyttelsen af sine tjenesteydelser.

74 Det kan ganske vist bemærkes, at den erhvervsdrivende i det foreliggende tilfælde er udsat for en vis risiko, for så vidt som hans varer og tjenesteydelser måske fravælges af de forsikrede. Denne risiko er imidlertid begrænset. Den erhvervsdrivende er således fritaget for risici forbundet med inddrivelsen af hans vederlag og hans egne medkontrahenters insolvens, idet den offentlige sygekasse i henhold til loven er den eneste betaler af hans vederlag. Selv om han skal have tilstrækkeligt udstyr til at præstere sine ydelser, er han ikke forpligtet til at afholde betydelige udgifter, før han kan indgå en individuel aftale med en forsikret. Antallet af forsikrede, der lider af det såkaldte »diabetiske fodsyndrom«, og som kan tænkes at gøre brug af denne erhvervsdrivende, er kendt på forhånd, hvorfor han kan have en rimelig forudsigelse for så vidt angår antallet af henvendelser.

75 Den betydelige risiko forbundet med udnyttelsen af de omhandlede aktiviteter, som er et forhold, der karakteriserer en koncessionshavers situation inden for rammerne af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, bæres følgelig ikke af den erhvervsdrivende i det foreliggende tilfælde.

76 Det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at når leveringen af tjenesteydelser i den omhandlede kontrakt er fremherskende i forhold til leveringen af varer, skal en kontrakt som den i hovedsagen omhandlede, der er indgået mellem en offentlig sygekasse og en erhvervsdrivende, hvori er fastsat bestemmelser om vederlag for de forskellige former for behandling, som den erhvervsdrivende skal foretage, og varigheden af kontraktens anvendelse, og hvorefter den erhvervsdrivende har pligt til at betjene de forsikrede, som henvender sig til ham, og hvorefter den pågældende sygekasse er den eneste, der betaler for den erhvervsdrivendes ydelser, anses for en »rammeaftale« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 5, i direktiv 2004/18.

Sagens omkostninger

77 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) Artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), første alternativ, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at der er tale om en finansiering for størstedelens

vedkommende fra staten, når de offentlige sygekassers aktiviteter hovedsageligt finansieres ved bidrag, som påhviler de forsikrede, og som pålægges, beregnes og opkræves efter offentligretlige regler som de i hovedsagen omhandlede. Sådanne sygekasser skal betragtes som offentligretlige organer og derfor som ordregivende myndigheder med henblik på anvendelsen af dette direktivs bestemmelser.

2) **Når en blandet offentlig kontrakt vedrører både varer og tjenesteydelser, er det kriterium, der skal anvendes ved afgørelsen af, om den omhandlede kontrakt skal betragtes som en vareindkøbskontrakt eller en tjenesteydelseskontrakt, værdien af henholdsvis de varer og de tjenesteydelser, der indgår i kontrakten. I tilfælde af, at de varer, der stilles til rådighed, er fremstillet og tilpasset individuelt i forhold til hver kundes behov, og om hvis anvendelse hver kunde skal have individuel vejledning, skal fremstillingen af disse varer medtages i den del af kontrakten, der vedrører »varer« med henblik på beregningen af hver af disse deles værdi.**

3) **Når leveringen af tjenesteydelser i den omhandlede kontrakt er fremherskende i forhold til leveringen af varer, skal en kontrakt som den i hovedsagen omhandlede, der er indgået mellem en offentlig sygekasse og en erhvervsdrivende, hvori er fastsat bestemmelser om vederlag for de forskellige former for behandling, som den erhvervsdrivende skal foretage, og varigheden af kontraktens anvendelse, og hvorefter den erhvervsdrivende har pligt til at betjene de forsikrede, som henvender sig til ham, og hvorefter den pågældende sygekasse er den eneste, der betaler for denne erhvervsdrivendes ydelser, anses for en »rammeaftale« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 1, stk. 5, i direktiv 2004/18.**

Underskrifter