YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (neljäs jaosto)

11 päivänä kesäkuuta 2009 *

Asiassa C-300/07,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Oberlandesgericht Düsseldorf (Saksa) on esittänyt 23.5.2007 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 27.6.2007, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik

vastaan

AOK Rheinland/Hamburg,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (neljäs jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja K. Lenaerts sekä tuomarit T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (esittelevä tuomari) ja G. Arestis,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

julkisasiamies: J. Mazák,
kirjaaja: hallintovirkamies C. Strömholm,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 19.6.2008 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

– Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, edustajinaan Rechtsanwalt H. Glahs ja Rechtsanwalt U. Karpenstein,

– AOK Rheinland/Hamburg, edustajanaan Rechtsanwalt A. Neun,

– Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään G. Wilms ja D. Kukovec,

kuultuaan julkisasiamiehen 16.12.2008 pidetyssä istunnossa esittämän ratkaisuehdotuksen,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL L 134, s. 114) 1 artiklan 2 kohdan c ja d alakohdan, 4 ja 5 kohdan ja 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdan ensimmäisen ja toisen vaihtoehdon tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik ja AOK Rheinland/Hamburg ja joka koskee ensinnäkin sitä kysymystä, ovatko saksalaiset julkiset sairauskassat direktiivin 2004/18 sääntöjen soveltamiseksi tarkoitettuja hankintaviranomaisia, toiseksi sitä kysymystä, onko erikoissuutareiden julkisen sairauskassan kanssa tekemän sopimuksen perusteella valmistamia ortopedisiä jalkineita, jotka on valmistettu ja mukautettu yksilöllisesti potilaiden tarpeen mukaan ja joihin liittyvät potilaille ennen ja jälkeen käyttöön antamista annettavat yksityiskohtaiset neuvot, pidettävä tavara- vai palveluhankintoina, ja kolmanneksi siinä tapauksessa, että ortopedisten jalkineiden käyttöön antamista on pidettävä palveluhankintoina, sitä kysymystä, onko nyt esillä olevassa asiassa kyseessä direktiivin 2004/18 säännöksissä tarkoitettu ”palveluja koskeva käyttöoikeussopimus” vai ”puitejärjestely”.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Yhteisön säännöstö

3 Direktiivin 2004/18 1 artiklassa, jonka otsikkona on ”Määritelmät”, säädetään seuraavaa:

”– –

2. a) ’Julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen.

– –

c) ’Julkisia tavarahankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan muita kuin b alakohdassa tarkoitettuja julkisia hankintoja koskevia sopimuksia, joiden tarkoituksena on tuotteiden osto, leasing, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen osto-optioin tai ilman niitä.

– –

d) ’Julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan muita kuin julkisia rakennusurakoita ja julkisia tavarahankintoja koskevia julkisia hankintasopimuksia, joiden kohteena on liitteessä II tarkoitettujen palvelujen suorittaminen.

Julkista hankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena ovat sekä tuotteet että liitteessä II tarkoitetut palvelut, pidetään ’julkisia palveluhankintoja koskevana sopimuksena’, jos palvelujen arvo on suurempi kuin hankintasopimukseen sisältyvien tuotteiden arvo.

Julkista hankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena ovat liitteessä II tarkoitetut palvelut ja johon niiden ohella sisältyy lisäksi liitteessä I tarkoitettuja toimintoja, pidetään julkista palveluhankintaa koskevana sopimuksena.

4. ’Palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella’ tarkoitetaan muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

5. ’Puitejärjestelyllä’ tarkoitetaan yhden tai useamman hankintaviranomaisen ja yhden tai useamman taloudellisen toimijan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot erityisesti hintojen ja tarvittaessa ennakoitujen määrien osalta.

_ _”

4 Direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdassa säädetään seuraavaa:

"'Hankintaviranomaisina' pidetään valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, julkisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

'Julkisoikeudellisella laitoksella' tarkoitetaan laitosta,

a) joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta,

b) joka on oikeushenkilö, ja

c) jota joko rahoittaa pääosin valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos tai jonka johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää yli puolet.

Liitteessä III ovat ohjeelliset luettelot toisen alakohdan a, b ja c alakohdassa säädetyt edellytykset täyttävistä julkisoikeudellisista laitoksista ja niiden ryhmistä. Jäsenvaltioiden on määräajoin ilmoitettava komissiolle niiden luetteloihin tehdyt muutokset."

5 Tämän direktiivin liitteessä III olevan III luvun, jotka otsikkona on ”Saksassa”, 1 kohdan ”Ryhmät” 1.1. alakohdan ”Yhteisöt” neljännessä luetelmakohdassa mainitaan ”Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)/[sairasvakuutukset (sairaskassat, tapaturma- ja eläkevakuutuslaitokset)]”.

6 Mainitun direktiivin 21 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Liitteessä II B lueteltuja palveluja koskevia hankintasopimuksia koskevat yksinomaan 23 artikla ja 35 artiklan 4 kohta.”

7 Saman direktiivin liitteessä II B olevaan ryhmään 25 kuuluvat ”terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut”.

8 Direktiivin 2004/18 22 artikla kuuluu seuraavasti:

”Hankintasopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä II A että liitteessä II B lueteltuja palveluja, tehdään 23–55 artiklan säännösten mukaisesti, jos liitteessä II A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä II B lueteltujen palvelujen arvo. Muissa tapauksissa sopimukset tehdään 23 artiklan ja 35 artiklan 4 kohdan mukaisesti.”

9 Tämän direktiivin 32 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Tehdäkseen puitejärjestelyn hankintaviranomaisen on noudatettava kaikissa menettelyn vaiheissa tässä direktiivissä tarkoitettuja sääntöjä – –”

10 Mainitun direktiivin 79 artiklassa, jonka otsikkona on ”Muutokset”, säädetään seuraavaa:

”Komissio voi 77 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua menettelyä noudattaen muuttaa:

– –

d) liitteessä III tarkoitettuja julkisoikeudellisista laitoksista tai niiden ryhmistä laadittuja luetteloja silloin, kun nämä osoittautuvat jäsenvaltioiden ilmoitusten perusteella tarpeellisiksi;

– –”

11 Lopuksi kulutustavaroiden kauppaa ja niihin liittyviä takuita koskevista tietyistä seikoista 25.5.1999 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 1999/44/EY (EYVL L 171, s. 12) 1 artiklan 4 kohdassa säädetään seuraavaa:

”Sopimusta, joka koskee valmistettavan tai tuotettavan kulutustavaran toimittamista, pidetään myös tässä direktiivissä tarkoitettuna kauppasopimuksena.”

Kansallinen säännöstö

12 Seuraava asiassa keskeistä kansallista säännöstöä koskeva yhteenveto perustuu yhteisöjen tuomioistuimeen jätettyyn asiakirja-aineistoon ja erityisesti ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevaan päätökseen.

13 Saksan julkista terveydenhoitojärjestelmää sekä julkisten sairausvakuutuskassojen organisointia ja rahoitusta säännellään sosiaaliturvalain (Sozialgesetzbuch) IV ja V osassa (jäljempänä SGB IV ja SGB V). Lainsäätäjän julkisille sairausvakuutuskassoille antama tehtävä määritellään SGB V:n 1 §:n 1 momentissa seuraavasti:

”Sairausvakuutuskassojen tehtävänä on yhteisvastuun periaatteeseen perustuvana yhteisönä ylläpitää vakuutettujen terveyttä, palauttaa se tai parantaa sitä.”

14 SGB V:n 4 §:n 1 momentista ilmenee, että julkiset sairausvakuutuskassat ovat julkisoikeudellisia laitoksia ja oikeushenkilöitä ja niillä on oikeus hallinnoida toimintaansa itsenäisesti. Ne on perustettu SGB V:n 1 ja 3 §:n nojalla. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee, että erittäin suuri enemmistö Saksan väestöstä (noin 90 prosenttia) on lain nojalla pakollisesti vakuutettu julkisessa sairausvakuutuskassassa. Pakolliseen vakuutusjärjestelmään kuuluvat voivat valita kassan, johon he haluavat kuulua, mutta he eivät voi valita julkisen kassan ja yksityisen kassan välillä.

15 Julkisten sairausvakuutuskassojen rahoitusta koskeva säännöstö sisältyy SGB IV:n 20–28 §:ään sekä SGB V:n 3 §:ään ja 220 §:ään ja tätä seuraaviin pykäliin. Tämä rahoitus varmistetaan vakuutettujen pakollisilla maksuilla, liittovaltion suorilla maksuilla ja hyvitysmaksuilla sairauskassojen keskinäisestä korvaus- ja riskintasausjärjestelmästä.

16 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen mukaan vakuutettujen pakolliset maksut sekä heidän työnantajiensa vastuulla oleva osuus niistä muodostaa selvästi suurimman osan julkisten sairausvakuutuskassojen rahoituksesta. Vakuutusmaksujen määrä perustuu yksinomaan vakuutetun tuloihin eli tämän maksukykyyn. Muilla tekijöillä, kuten vakuutetun iällä, hänen terveydentilallaan tai hänen nimissään vakuutettujen henkilöiden määrällä, ei ole merkitystä tältä osin. Käytännössä työnantaja pidättää vakuutetun vastuulla olevan osuuden hänen palkastaan ja maksaa sen julkiselle sairausvakuutuskassalle sen itsensä vastuulla olevan osuuden kanssa. Nämä ovat julkisoikeudellisia velvoitteita ja maksut kannetaan sitovasti julkisoikeudellisten säännösten perusteella.

17 Valtio ei vahvista vakuutusmaksujen suuruutta, vaan sen tekevät julkiset sairausvakuutuskassat. Asiaa koskevan lainsäädännön mukaan niiden on määrättävä maksut niin, että niillä voidaan yhdessä muiden tulolähteiden kanssa kattaa lakisääteiset menot

ja taata toiminnan edellyttämät varat ja lakisääteiset rahastot. Maksuosuuksien vahvistaminen edellyttää kutakin sairauskassaa valvovan valtion viranomaisen hyväksyntää. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen mukaan maksuosuudet ovat tietyssä määrin lakisääteisiä, koska ne on vahvistettava niin, että niistä saatavat tulot eivät ole pienempiä eivätkä suurempia kuin menot. Koska suoritettavat etuudet ovat saksalaisen kansanterveysjärjestelmän mukaan suurimmaksi osaksi lakisääteisiä, asianomainen julkinen sairausvakuutuskassa ei voi käytännössä vaikuttaa suoran menojensa määrään.

18 Vakuutettujen maksujen suuruuden pitämiseksi samalla tasolla SGB V:n 266–268 §:ssä säädetään vuosittain kaikkien julkisten sairausvakuutuskassojen välisistä hyvitysmaksuista, jotka johtuvat riskientasauksesta. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mukaan tältä osin on olemassa sairauskassojen välinen keskinäinen yhteisvastuuvelvollisuus, sillä kullakin niistä on hyvitysoikeus tai hyvitysvelvollisuus tiettyyn määrään asti.

19 Julkiset sairausvakuutuskassat, joilla SGB V:n 4 §:n 1 momentin mukaan on oikeus itsehallinnointiin, ovat valtion valvonnan alaisia. Ennakkoratkaisupyynnön mukaan tämä valvonta ei rajoitu pelkkään jälkikäteen tapahtuvaan laillisuusvalvontaan.

20 Tietyt julkisten sairausvakuutuskassojen toteuttamat toimenpiteet edellyttävät valvontaviranomaisten hyväksyntää, kuten niiden ohjesääntöjen muutokset ja vakuutusmaksujen suuruuden määrittäminen, rakentamis- tai maanhankintatoimet ja atk-laitteiden hankinta, kuten SGB V:n 195 §:n 1 momentista, 220 §:n 2 momentista ja 241 §:stä ilmenee. Valvontaviranomaisilla on velvollisuus tarkistaa vähintään viiden vuoden välein niiden valvontaan kuuluvien julkisten sairausvakuutuskassojen kaupallinen,

kirjanpidollinen ja operatiivinen johto. Tämä valvonta, joka ulottuu muun muassa kyseessä olevan kassan toiminnan kannattavuuteen, voi olla tiheämpää (SGB IV:n 69 §:n 2 momentti ja 88 §:n 1 momentti sekä SGB V:n 274 §:n 1 momentti). SGB IV:n 88 §:n 2 momentissa säädetään, että valvonnan yhteydessä kassat ovat velvollisia antamaan valvontaviranomaiselle tiedoksi kaikki tarpeelliset asiakirjat ja tiedot. Lisäksi SGB IV:n 37 §:ssä ja 89 §:n 3 momentissa säädetään, että jos kyseisten kassojen itsehallinnointielimet kieltäytyvät suorittamasta niille määrättyjä tehtäviä, valvontaviranomainen ottaa vastattavakseen itse näistä tehtävistä.

21 Kunkin julkisen sairauskassan alustava talousarvio on esitettävä ajoissa toimivaltaiselle valvontaviranomaiselle (SGB IV:n 70 §:n 5 momentti), joka voi fuusioida kannattamattomat kassat muihin kassoihin tai päättää niiden lakkauttamisesta (SGB V:n 146 a §, 153 §:n ensimmäisen virkkeen 3 kohta, 156 §, 163 §:n ensimmäisen virkkeen 3 kohta, 167 §:n toinen virke ja 170 §).

22 Koska kyseessä olevassa järjestelmässä vakuutetulla ei ole siihen julkiseen sairausvakuutuskassaan nähden, johon hän kuuluu, oikeutta saada korvausta kuluistaan, vaan oikeus saada vastaavat etuudet ilmaiseksi (SGB V:n 2 §:n 2 momentti) niin sanotun luontoisetuusperiaatteen mukaan, julkisia sairausvakuutuskassoja kannustetaan tekemään eri palvelujen suorittajien kanssa monialaisia ja poikkitieteellisiä hoitosopimuksia. Näitä ”integroitua hoitoa koskevia sopimuksia”, joista säädetään SGB V:n 140 a–140 e §:ssä, tehdään julkisten sairausvakuutuskassojen ja vakuutettujen hoitamiseen hyväksyttyjen eri palvelun tarjoajien kanssa. Niissä määritellään integroidun hoidon eri muodoille palkkiot, joiden on tarkoitus kattaa kaikki suoritukset, joihin vakuutetut turvautuvat hoidon puitteissa. Julkinen sairausvakuutuskassa on integroitua hoitoa koskevan sopimuksen sopimuspuolena ja se maksaa palvelun suorittajalle korvauksen.

Vakuutettujen osallisuus integroitua hoitoa koskeviin eri muotoihin on vapaaehtoista, mutta jos vakuutettu valitsee tällaisen vaihtoehdon, hänellä on velvollisuus turvautua niiden tarjoajien palveluihin, joiden kanssa toimivaltainen julkinen sairausvakuutuskassa on tehnyt tällaisen sopimuksen.

23 Yhteisöjen tuomioistuimessa pidetyssä oikeudenkäynnissä on myös mainittu kaksi Bundesverfassungsgerichtin tuomiota, jotka koskevat sairausvakuutuskassojen tehtävää Saksassa.

24 Bundesverfassungsgericht on todennut 9.6.2004 tekemässään ennakkoratkaisupyyntöä koskevassa päätöksessä (2 BvR 1248/03 ja 2 BvR 1249/03) seuraavaa:

”Sosiaalioikeus on yksi valtion sosiaalipolitiikan merkittävimmistä välineistä. Perustuslailla (Grundgesetz) luodun sosiaalivaltion oikeusjärjestyksessä suojelu sairaustapauksessa on yksi valtion perustavanlaatuisista tehtävistä. Lainsäätäjä on vahvistanut tämän varmistamalla väestön valtaosan suojelun lakisääteisellä sairausvakuutuksella, joka on julkisoikeudellinen pakollinen vakuutus, ja säätämällä tämän suojelun yksityiskohdista. Lakisääteisen sairauskassajärjestelmän pääasiallinen tehtävä on tämän valtion perustavanlaatuisen tehtävän toteuttamiseksi luodun yksityiskohtaisen sosiaalilainsäädännön täytäntöönpano.”

25 Bundesverfassungsgericht on 31.1.2008 tekemässään ennakkoratkaisupyyntöä koskevassa päätöksessä (1 BvR 2156/02) katsonut, että sairausvakuutuskassat ovat valtioon integroituneita julkisoikeudellisia laitoksia, jotka harjoittavat itse asiassa epäsuorasti valtion hallinnollisia tehtäviä.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

26 AOK Rheinland/Hamburg, joka on julkinen sairausvakuutuskassa, kehotti kesäkuussa 2006 alan lehdessä julkaistulla ilmoituksella ortopedisten jalkineiden valmistajia jättämään SGB V:n 140 a §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä tarkoitettuun integroidun hoidon järjestelmään kuuluvien jalkineiden valmistusta ja toimitusta ajanjaksolla 1.9.–31.12.2006 koskevan tarjouksensa. Tarjottavat suoritukset oli luokiteltu niiden määrän mukaan eri maksuluokkiin, joiden osalta tarjoajan oli esitettävä hintansa.

27 Toimitettavien jalkineiden lukumäärää ei ollut vahvistettu. Potilaiden, jotka kärsivät niin sanotun diabeettisen jalan oireyhtymästä ja joilla on sekä sairasvakuutuskortti että lääkärin määräys, on määrä kääntyä suoraan ortopedisten jalkineiden valmistajan puoleen. Tämän tehtävänä on valmistaa ja tarkastaa yksilöllisesti mukautettuja ortopedisiä jalkineita, ja ennen jalkineiden toimitusta ja tämän jälkeen on annettava yksityiskohtaiset neuvot. Julkinen sairausvakuutuskassa suorittaa maksun potilaiden maksettaviksi kuuluvia lisämaksuja lukuun ottamatta.

28 Ortopedisten jalkineiden valmistaja Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik jätti tarjouksen, ja kaksi päivää myöhemmin se väitti, että julkisia hankintoja koskevia yhteisön ja kansallisia säännöksiä rikotaan. Julkinen sairausvakuutuskassa hylkäsi nämä väitteet siitä syystä, että kyseessä olevassa asiassa ei sovellettu julkisia hankintoja koskevia säännöksiä. Koska jalkinevalmistajan tästä päätöksestä nostama kanne ei menestynyt alioikeudessa, se haki muutosta Oberlandesgericht Düsseldorfin julkisia hankintoja koskevia muutoksenhakuja käsittelevältä jaostolta.

29 Tämä tuomioistuin huomauttaa ensinnäkin, että näkemykset sekä Saksan oikeuskirjallisuudessa että oikeuskäytännössä eroavat sen suhteen, onko julkisia sairausvakuutuskassoja pidettävä julkisoikeudellisina laitoksina, vaikka ne mainitaankin direktiivin 2004/18 liitteessä III, ja näin ollen tässä direktiivissä tarkoitettuina hankintaviranomaisina. Tästä syystä se tuo esiin mainitun direktiivin 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan eri edellytyksiä koskevan problematiikan.

30 Tämän säännöksen a ja b alakohdassa säädetyistä edellytyksistä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin katsoo, että nämä edellytykset ovat täyttyneet siltä osin kuin julkiset sairausvakuutuskassat ovat julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä, jotka on perustettu erityisesti vakuutettujen terveyden säilyttämis-, palauttamis- ja parantamistarpeiden eli yleisen edun mukaisten tarpeiden tyydyttämiseksi. Lisäksi nämä tarpeet ovat luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia, koska julkisten sairausvakuutuskassojen toiminta ei ole kaupallista eikä niiden myöntämillä etuuksilla tavoitella voittoa.

31 Keskustelun pitäisi siis koskea direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdan mukaisia edellytyksiä.

32 Mitä tulee ensimmäiseen näistä edellytyksistä eli siihen, että laitosta ”rahoittaa pääosin valtio”, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin viittaa kyseessä olevan kansallisen järjestelmän ominaispiirteisiin, sellaisina kuin ne ilmenevät tämän tuomion 13–18 kohdasta.

33 Edellytyksestä, jonka mukaan ”johto on näiden laitosten valvonnan alainen”, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin viittaa järjestelmän keskeisiin tekijöihin, sellaisina kuin ne ilmenevät tämän tuomion 19 ja 20 kohdasta.

34 Jos olisi katsottava, että julkiset sairausvakuutuskassat ovat hankintaviranomaisia, seuraavaksi nousisi esiin kysymys siitä, onko pääasiassa kyseessä oleva sopimus luokiteltava tavaroiden vai palvelujen hankintaa koskevaksi sopimukseksi. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin huomauttaa tältä osin, että direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan toisessa alakohdassa asetetaan tällaisen arvioinnin kriteeriksi kyseessä olevien palvelujen ja tavaroiden arvo. Tämän kriteerin perusteella on ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mukaan keskeistä tietää, mikä sija pääasiassa kyseessä olevalla jalkineiden valmistuksella on kaikkien niiden suoritusten kokonaisuudessa, joka kattaa materiaalin hankinnan, valmistamisen ja asiakkaiden neuvomisen ja näille annettavat tiedot.

35 Jos pääasiassa kyseessä olevien jalkineiden yksilöllistä valmistamista olisi pidettävä osana tavaroiden toimittamista, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin katsoo, että näiden jalkineiden toimittamisen arvo on palvelujen arvoa suurempi. Jos sitä vastoin toimituksen arvo muodostuisi yksinomaan perusmateriaaleista, palvelujen arvo ylittäisi toimituksen arvon. Se huomauttaa, että ensimmäisen lähestymistavan puolesta näyttäisi puhuvan direktiivin 1999/44 1 artiklan 4 kohta, jossa rinnastetaan ”sopimus, joka koskee valmistettavan tai tuotettavan kulutustavaran toimittamista” kauppasopimuksiin riippumatta siitä seikasta, ovatko kyseessä vakiotavarat vai tilaukseen yksilöllisesti mukautetut tavarat eli tavarat, jotka eivät ole korvattavissa. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä voidaan kuitenkin päätellä, että myös laadullisilla näkökohdilla on merkitystä tässä yhteydessä (ks. asia C-220/05, Auroux ym., tuomio 18.1.2007, Kok., s. I-385, 46 kohta). Tältä näkökannalta katsoen olisi otettava huomioon se, että potilaille annetut neuvot eivät rajoitu tuotteen valintaan ja käyttöön.

36 Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin korostaa, että tämä rajaaminen on tärkeää, sillä pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen luokittelu tavaranhankintasopimukseksi johtaa direktiivin 2004/18 säännösten täyteen sovellettavuuteen.

37 Jos pääasiassa kyseessä olevaa sopimusta ei pitäisi luokitella tavaranhankintasopimukseksi, ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin kysyy kolmanneksi, voidaanko tätä sopimusta pitää palveluhankintasopimuksena tai palveluja koskevana käyttöoikeussopimuksena. Viimeksi mainitussa tapauksessa direktiiviä 2004/18 ei voitaisi soveltaa, kuten ilmenee sen 17 artiklasta. Kansallisen alioikeuden mielestä viimeksi mainittu olettama olisi suljettava heti pois, koska korvauksen toimijalle maksaa julkinen sairausvakuutuskassa eikä potilas. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mukaan on kuitenkin tarkasteltava myös kriteeriä, joka koskee sen osapuolen määrittelyä, jolla on taloudellinen riski. Tältä osin on katsottava yhtäältä, että toimittaja on vapautettu riskistä, joka liittyy saatavien kattamiseen ja velallisten maksukyvyttömyyteen, koska toimittajan korvauksen maksaa julkinen sairausvakuutuskassa eikä potilas. Mutta toisaalta toimija kantaa riskin siitä, että potilaat eivät halua sen tavaroita ja palveluja. Tämä tekijä on se, joka erottaa nyt esillä olevan asian tavallisen puitejärjestelyn tilanteesta. Ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen mielestä ratkaiseva tekijä pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen luokittelemiseksi palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi on se, että toimija ei ole aikaisemmin sitoutunut kalliisiin investointeihin, kuten toimitilojen rakentamiseen tai henkilöstö- tai laitteistokuluihin, jotka olisi kuoletettava tämän jälkeen ”oikeudella käyttää omaa suoritustaan hyödykseen” (asia C-324/98, Telaustria ja Telefonadress, tuomio 7.12.2000, Kok., s. I-10745, 30 kohta).

38 Lopuksi ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaa, että jos pääasiassa kyseessä olevaa sopimusta olisi pidettävä palveluhankintasopimuksena, tämä aiheuttaisi terveydenhoitopalvelun luonteensa vuoksi direktiivin 2004/18 21 artiklan ja liitteessä II B olevan 25 ryhmän perusteella ainoastaan sen, että sovellettaisiin tämän direktiivin 23 artiklaa ja 35 artiklan 4 kohtaa, ja että näiden säännösten rikkominen on nyt esillä olevassa asiassa suljettu pois. Tällainen luokittelu johtaisi kuitenkin tiettyjen sellaisten kansallisten säännösten soveltamiseen, joissa käytetään samaa ”palveluhankintasopimuksen” käsitettä ja joiden perusteella pääasian kantajan vaatimukset hyväksyttäisiin osittain.

39 Näiden päätelmien perusteella Oberlandesgericht Düsseldorf on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) a) Onko direktiivin [2004/18] 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdassa ensimmäisenä vaihtoehtona olevaa edellytystä ’jota rahoittaa valtio’ tulkittava siten, että sillä tarkoitetaan tapausta, jossa valtio velvoittaa henkilön kuulumaan johonkin sairausvakuutuslaitokseen ja maksamaan tulojen perusteella määräytyviä vakuutusmaksuja asianomaiseen sairauskassaan siten, että sairauskassa vahvistaa maksujen suuruuden, mutta sairauskassat ovat kuitenkin perusteluissa tarkemmin esitetyn yhteisvastuuseen perustuvan rahoitusjärjestelmän vuoksi sidoksissa toisiinsa, ja että yksittäisten sairauskassojen velvoitteiden täyttäminen on varmistettu?

b) Onko direktiivin [2004/18] 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdassa toisena vaihtoehtona olevaa edellytystä, jonka mukaan laitoksen ’johto on näiden laitosten valvonnan alainen’, tulkittava siten, että se täyttyy, kun valtio harjoittaa laillisuusvalvontaa, joka koskee sekä meneillään olevia että tulevia liiketoimia, ja kun valtiolla on mahdollisesti käytössään lisäksi muita perusteluissa kuvailtuja puuttumismahdollisuuksia tämän osalta?

2) Jos ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen a tai b kohtaan vastataan myöntävästi, onko direktiivin [2004/18] 1 artiklan 2 kohdan c ja d alakohtaa tulkittava siten, että sellaisten tavaroiden käyttöön asettaminen, jotka valmistetaan ja mukautetaan muotonsa puolesta yksilöllisesti kunkin asiakkaan tarpeita vastaaviksi ja joiden käyttö on neuvottava kullekin asiakkaalle yksilöllisesti, on luokiteltava ’tavaranhankintoja koskevaksi sopimukseksi’ tai ’palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi’? Onko tässä yhteydessä otettava huomioon ainoastaan kyseessä olevien eri suoritusten arvo?

3) Jos toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitettu käyttöön asettaminen on luokiteltava tai voidaan luokitella ’palveluksi’, onko direktiivin [2004/18] 1 artiklan

4 kohtaa – erotuksena [tämän] direktiivin 1 artiklan 5 kohdassa tarkoitetusta puitejärjestelystä – tulkittava siten, että 'palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella' tarkoitetaan myös sellaisen sopimuksen tekemistä, jossa

– päätöstä siitä, tehdäänkö toimittajan kanssa, jonka kanssa hankintasopimus on tehty, yksittäisiä sopimuksia, ja missä tapauksissa niitä tehdään, ei tee hankintaviranomainen, vaan kolmas,

– hankintaviranomainen maksaa toimittajalle, jonka kanssa hankintasopimus on tehty, koska lain nojalla yksinomaan hankintaviranomainen on vastuussa velallisena korvauksen maksamisesta ja velvollinen suorittamaan palvelun kolmannelle, ja

– toimittajan, jonka kanssa hankintasopimus on tehty, ei tarvitse tehdä eikä pitää saatavilla minkäänlaisia suorituksia ennen kuin kolmas tiedustelee niitä?"

Ennakkoratkaisukysymykset

Ensimmäinen kysymys

40 Ensimmäisellä kysymyksellään ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin tiedustelee lähtökohtaisesti, onko pääasiassa kyseessä olevan kaltaisia julkisia sairausvakuutuskassoja pidettävä direktiivin 2004/18 sääntöjen soveltamiseksi hankintaviranomaisina, kun otetaan huomioon ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä esitetyt niiden ominaispiirteet.

41 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on ensiksi tutkittava asian taustalla olevaa alustavaa kysymystä, joka ilmenee ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevan päätöksen perusteluista ja ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen siinä esiin tuomasta problematiikasta, toisin sanoen sitä, riittääkö se, että pääasiassa kyseessä

olevat julkiset sairausvakuutuskassat on nimenomaisesti mainittu direktiiviin 2004/18 liitteessä III, jotta niitä voidaan yksinomaan tämän vuoksi pitää julkisoikeudellisina laitoksina ja siten hankintaviranomaisina.

42 Pääasian kantaja sekä Euroopan yhteisöjen komissio väittävät tältä osin, että pelkästään yksikön kirjaaminen direktiivin 2004/18 liitteeseen III on riittävä edellytys tämän yksikön luokittelemiseksi julkisoikeudelliseksi laitokseksi. Tällainen kirjaaminen merkitsee tämän luokittelun kannalta ehdotonta olettamaa, joka tekee kaikesta kyseessä olevan yksikön luonteen ja ominaispiirteiden lisätarkastelusta tarpeettoman.

43 Tätä lähestymistapaa ei voida hyväksyä.

44 EY 234 artiklan ensimmäisen kohdan b alakohdasta ilmenee, että kansallinen tuomioistuin voi koska tahansa esittää yhteisöjen tuomioistuimelle kysymyksen Euroopan yhteisöjen toimielimen säädöksen pätevyydestä, jos se katsoo, että tätä seikkaa koskeva yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisu on tarpeen, jotta se voi antaa päätöksen.

45 Tältä osin on korostettava, että kyseessä oleva yhteisön säännöstö eli direktiivi 2004/18 sisältää samalla 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan kaltaisia aineellisia sääntöjä, joissa todetaan, mitkä edellytykset laitoksen on täytettävä, jotta sitä voidaan pitää mainitussa direktiivissä tarkoitettuna hankintaviranomaisena, sekä aineellisten sääntöjen täytäntöönpanotoimenpiteet, kuten sen, että saman direktiivin liitteeseen III on lisätty eityhjentävä luettelo julkisista laitoksista, joiden katsotaan täyttävän nämä edellytykset. Tällaisessa asiayhteydessä silloin, kun kansallinen tuomioistuin esittää yhteisöjen tuomioistuimelle tällaisen perustellun pyynnön, yhteisöjen tuomioistuimen tehtävänä on varmistaa kyseessä olevan yhteisön säännöksen sisäinen johdonmukaisuus tarkastamalla, merkitseekö tietyn laitoksen kirjaaminen mainittuun luetteloon mainitussa säännöksessä määriteltyjen aineellisten kriteerien virheetöntä soveltamista. Oikeusvarmuus, joka on yhteisön oikeuden yleinen oikeusperiaate, edellyttää yhteisöjen tuomioistuimen tällaista puuttumista asiaan.

46 Nyt esillä olevassa asiassa ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin esittää, joskaan ei nimenomaisesti, kysymyksen siitä, onko kyseessä olevien julkisten sairausvakuutuskassojen kirjaaminen direktiivin 2004/18 liitteeseen III pätevä. Se toteaa saksalaisessa oikeuskäytännössä ja doktriinissa vallitsevat eriävät käsitykset siitä kysymyksestä, onko tämä kirjaaminen riittävä ja ainut edellytys näiden kassojen luokittelemiseksi julkisoikeudellisiksi laitoksiksi, ja se antaa myös selvästi ymmärtää omat epäilynsä tämän suhteen. Näistä syistä se muotoilee ensimmäisen kysymyksensä niiden olennaisten edellytysten kannalta, joista säädetään direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdassa.

47 Näin ollen ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen tarkoituksena on tiedustella yhteisöjen tuomioistuimelta sitä, onko pääasiassa kyseessä olevan laitoksen kirjaaminen direktiivin 2004/18 liitteeseen III pätevä mainitussa säännöksessä vahvistettujen edellytysten valossa.

48 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on palautettava mieliin, että yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan a, b ja c alakohdassa säädetyt kolme edellytystä sille, että yksikköä pidettäisiin julkisoikeudellisena laitoksena, ovat luonteeltaan kumulatiivisia (asia C-393/06, Ing. Aigner, tuomio 10.4.2008, Kok., s. I-2339, 36 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

49 Kuten ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee, direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan a ja b alakohdan edellytykset täyttyvät nyt esillä olevassa asiassa. Kyseessä olevat sairausvakuutuskassat ovat julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä, ne on nimenomaisesti perustettu lailla tyydyttämään yleisen edun mukaisia kansanterveyteen liittyviä tarpeita, eikä näillä tarpeilla ole teollista tai kaupallista luonnetta, koska kyseisten kassojen myöntämillä etuuksilla ei tavoitella voittoa. On siis vielä tutkittava, täyttyykö nyt esillä olevassa asiassa ainakin

yksi niistä vaihtoehtoisista edellytyksistä, joista säädetään tämän direktiivin 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdassa, ja ensisijaisesti pääosin valtion rahoitusta koskeva edellytys.

50 Tämän edellytyksen osalta on palautettava aluksi mieliin, että kuten kyseessä olevasta kansallisesta järjestelmästä sekä tämän tuomion 24 ja 25 kohdassa siteeratuista Bundesverfassungsgerichtin ennakkoratkaisupyynnöistä ilmenee, kansanterveyden suojelu on valtion perustavanlaatuinen tehtävä ja julkiset sairausvakuutuskassat ovat integroituneet valtioon ja harjoittavat näin ollen epäsuorasti valtion hallinnollisia tehtäviä.

51 Tämän jälkeen on huomautettava, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdan ensimmäisen vaihtoehdon sanamuoto ei sisällä mitään täsmennyksiä tässä säännöksessä kyseessä olevan rahoituksen toteuttamistavasta. Siinä ei varsinkaan edellytetä, että kyseessä olevien laitosten toiminnan olisi oltava välittömästi valtion tai muun julkisoikeudellisen yksikön rahoittama, jotta kyseessä oleva edellytys täyttyisi. Välillinen rahoitustapa on näin ollen tässä suhteessa riittävä (ks. vastaavasti asia C-337/06, Bayerischer Rundfunk ym., tuomio 13.12.2007, Kok., s. I-11173, 34 ja 49 kohta).

52 On todettava ensinnäkin, että pääasiassa kyseessä olevien julkisten sairausvakuutuskassojen rahoitus varmistetaan asiaa koskevan kansallisen lainsäädännön mukaan vakuutettujen suorittamilla maksuilla, työnantajien näiden viimeksi mainittujen hyväksi suorittamat maksut mukaan luettuina, liittovaltion viranomaisten suorilla maksuilla ja näiden kassojen välisillä hyvitysmaksuilla, jotka johtuvat niiden välisestä riskien tasaamisjärjestelmästä. Vakuutettujen pakolliset maksut ovat kyseisten kassojen ylivoimaisesti suurin rahoituslähde.

53 Toiseksi ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee myös, että vakuutettujen maksut maksetaan ilman yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä tarkoitettua erityistä vastasuoritusta (ks. tältä osin asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000, Kok., s. I-8035, 23–25 kohta). Näihin maksuihin ei liity mitään sopimukseen perustuvaa konkreettista vastinetta, sillä maksuvelvollisuus tai sen määrä eivät perustu julkisten sairausvakuutuskassojen ja niiden vakuutettujen

väliseen sopimukseen, koska vakuutetuilla on lakisääteinen velvollisuus suorittaa maksu pelkästään sen perusteella, että he ovat vakuutettuja, mihin myös laki velvoittaa (ks. vastaavasti em. asia Bayerischer Rundfunk ym., tuomion 45 kohta). Lisäksi maksujen suuruus perustuu yksinomaan kunkin vakuutetun maksukykyyn, eikä muilla tekijöillä, kuten vakuutetun iällä, hänen terveydentilallaan tai hänen perusteellaan vakuutettujen henkilöiden lukumäärällä, ole tältä osin merkitystä.

54 Kolmanneksi ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaa, että erona edellä mainitussa asiassa Bayerischer Rundrunk ym. annetussa tuomiossa kyseessä olleeseen maksuun nyt esillä olevassa asiassa maksujen suuruutta eivät vahvista viranomaiset vaan julkiset sairausvakuutuskassat itse. Se huomauttaa kuitenkin perustellusti, että näiden sairausvakuutuskassojen harkintavalta on tältä osin äärimmäisen pieni, koska niiden tehtävänä on varmistaa sosiaaliturva-alan säännöksissä säädetyt etuudet. Koska näin ollen niihin liittyvistä etuuksista ja menoista säädetään laissa ja koska mainitut kassat eivät tavoittele toiminnallaan voittoa, maksujen suuruus on vahvistettava niin, että niistä saadut tulot eivät ole pienempiä eivätkä suurempia kuin menot.

55 Neljänneksi on korostettava, että julkiset sairausvakuutuskassat tarvitsevat joka tapauksessa maksujen suuruuden vahvistamiseksi kunkin niitä valvovan viranomaisen hyväksynnän. Näin ollen maksun suuruus on ennakkoratkaisupyynnön esittäneen tuomioistuimen muotoilun mukaan tietyssä määrin lakisääteinen. Muut näiden kassojen tulonlähteet, liittovaltion viranomaisten suorat maksut, ovat epäilyksettä valtion suoraa rahoitusta, vaikkakin merkitykseltään vähäisempää.

56 Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee maksujen kantamista koskevien sääntöjen osalta lopuksi, että käytännössä työnantaja pidättää vakuutetun vastuulla olevan osuuden, joka maksetaan toimivaltaiselle julkiselle sairausvakuutuskassalle työnantajan vastuulla olevan maksuosuuden kanssa. Maksut

peritään siis ilman vakuutetun mitään mahdollisuutta puuttua asiaan. Ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin toteaa tältä osin, että maksut kannetaan sitovasti julkisoikeudellisten säännösten nojalla.

57 On siis katsottava, kuten yhteisöjen tuomioistuin toteaa edellä mainitussa asiassa Bayerischer Rundfunk ym. antamansa tuomion 48 kohdassa, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen julkisen sairausvakuutusjärjestelmän rahoitus, joka perustuu valtion toimiin ja on käytännössä valtion takaama ja joka varmistetaan kantamalla siihen kuuluvia maksuja soveltamalla julkisoikeudellisia säännöksiä, täyttää edellytyksen siitä, että sitä ”rahoittaa pääosin valtio”, kun sovelletaan julkisiin hankintoihin liittyvien sopimusten tekemistä koskevia yhteisön sääntöjä.

58 Näiden päätelmien perusteella ja direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdan edellytysten vaihtoehtoisen luonteen perusteella ei ole tarpeen tutkia, täyttyykö nyt esillä olevassa asiassa edellytys siitä, että julkisten sairausvakuutuskassojen johto on viranomaisten valvonnan alainen.

59 Ensimmäiseen kysymykseen on siis vastattava, että direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdan ensimmäistä vaihtoehtoa on tulkittava niin, että toimintaa rahoittaa pääosin valtio, kun julkisten sairausvakuutuskassojen toiminta rahoitetaan pääasiallisesti vakuutetuilta kannettavilla maksuilla, jotka määrätään, lasketaan ja peritään pääasiassa kyseessä olevien kaltaisten julkisoikeudellisten sääntöjen mukaisesti. Tällaisia sairausvakuutuskassoja on pidettävä julkisoikeudellisina laitoksina ja siten tämän direktiivin sääntöjen soveltamiseksi hankintaviranomaisina.

Toinen kysymys

60 Tällä kysymyksellä ennakkoratkaisupyynnön esittänyt tuomioistuin kysyy lähtökohtaisesti, mitä kriteeriä on sovellettava sen määrittämiseksi, onko hankintaa koskevaa sekasopimusta, jonka kohteena on samalla tavaroiden että palveluiden hankinta, pidettävä julkisena tavaranhankintasopimuksena vai palveluhankintasopimuksena ja onko tässä suhteessa sovellettava kriteeri yksinomaan niiden eri osien arvo, joista kyseessä oleva sekasopimus muodostuu. Ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevasta päätöksestä ilmenee kuitenkin, että kansallinen tuomioistuin kysyy myös, onko asetettaessa käyttöön sellaisia tavaroita, jotka valmistetaan ja mukautetaan yksilöllisesti kunkin asiakkaan tarpeiden mukaan ja joiden käytöstä kutakin asiakasta on yksilöllisesti neuvottava, kyseisten tavaroiden valmistus luokiteltava tämän sopimuksen osaan ”tavarat” vai ”palvelut” kunkin sen osan arvon laskemiseksi.

61 Tähän kysymykseen vastaamiseksi on aluksi todettava, että kun sopimuksen kohteena on samalla sekä tavaroiden että palveluiden toimittaminen, direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan toisessa alakohdassa on erityissäännös, jossa vahvistetaan rajanvetokriteeri sille, että kyseessä olevaa sopimusta voidaan pitää julkisena tavaranhankintasopimuksena tai palvelunhankintasopimuksena, eli tähän sopimukseen sisältyvien tavaroiden ja palvelujen arvo. Tämä kriteeri on luonteeltaan määrällinen, toisin sanoen se viittaa konkreettisesti kyseessä olevaan sopimukseen kuuluvista ”tavaroista” ja ”palveluista” maksettavan vastikkeen arvoon.

62 Sitä vastoin julkisia palveluhankintoja ja julkisia rakennusurakoita koskevassa tapauksessa direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan kolmannessa alakohdassa käytetään toista rajanvetokriteeriä eli kyseessä olevan sopimuksen pääasiallista kohdetta. Tätä kriteeriä on sovellettu edellä mainitussa asiassa Auroux ym. annetussa tuomiossa (37 ja 46 kohta), jossa oli kyseessä sopimus, jonka kohteena olivat rakennusurakat ja palvelut.

63 Asiaan sovellettavasta yhteisön säännöstöstä tai yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä ei ilmene, että tämä kriteeri olisi otettava huomioon myös tavaroita ja palveluja koskevan sekasopimuksen yhteydessä.

64 Tämän jälkeen on huomattava, että direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan c alakohdan ensimmäisessä alakohdassa olevan ”julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten” käsitteen määritelmän mukaisesti tämä käsite koskee ”tuotteiden” oston tai vuokrauksen kaltaisia liiketoimia, ilman että tältä osin täsmennettäisiin tai tehtäisiin ero sen mukaan, onko kyseessä oleva tuote valmistettu vakiovalmisteena vai yksilöllisesti eli asiakkaan konkreettisten mieltymysten tai tarpeiden mukaisesti. Näin ollen käsite ”tuote”, johon tässä säännöksessä viitataan yleisesti, sisältää myös valmistuksen siitä riippumatta, annetaanko kyseessä oleva tuote kuluttajien käyttöön valmiina vai sen jälkeen, kun se on valmistettu kuluttajien vaatimusten mukaisesti.

65 Tätä lähestymistapaa tukee direktiivin 1999/44 1 artiklan 4 kohta, jossa luokitellaan ”kauppasopimukseksi” yleisesti ja erotuksetta ”sopimus, joka koskee valmistettavan tai tuotettavan kulutustavaran toimittamista”.

66 Toiseen kysymykseen on siis vastattava, että kun hankintaa koskevan sekasopimuksen kohteena ovat samalla tavarat ja palvelut, sovellettava kriteeri sen määrittämiseksi, onko kyseessä olevaa sopimusta pidettävä tavaranhankinta- vai palveluhankintasopimuksena, on sopimukseen sisältyvien tavaroiden ja palvelujen arvo. Silloin, kun käytettäviksi annetaan tavaroita, jotka on valmistettu ja mukautettu yksilöllisesti kunkin asiakkaan tarpeisiin ja joiden käyttöä on kullekin asiakkaalle yksilöllisesti neuvottava, mainittujen tavaroiden valmistus on luokiteltava kyseisen sopimuksen osaan ”tavarat” sen kunkin osan arvon laskemiseksi.

Kolmas kysymys

67 Kolmas kysymys on ymmärrettävä niin, että sillä pyritään lähtökohtaisesti selvittämään, onko siinä tapauksessa, että palvelujen toimittaminen osoittautuisi pääasiassa kyseessä olevassa sopimuksessa ensisijaiseksi suhteessa tavaroiden toimittamiseen, ennakkoratkaisupyynnön esittämistä koskevassa päätöksessä esitettyjen ominaispiirteiden perusteella julkisen sairauskassan ja ortopedisten jalkineiden valmistajan välillä tehty sopimus luokiteltava direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa tarkoitetuksi palveluja

koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi vai mainitun direktiivin 1 artiklan 5 kohdassa tarkoitetuksi puitejärjestelyksi.

68 Direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdassa olevan määritelmän mukaan palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella tarkoitetaan muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

69 Puitejärjestelyllä puolestaan määritellään direktiivin 2004/18 1 artiklan 5 kohdassa tarkoitettavan yhden tai useamman hankintaviranomaisen ja yhden tai useamman taloudellisen toimijan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot erityisesti hintojen ja tarvittaessa ennakoitujen määrien osalta.

70 Näistä määritelmistä ilmenee, että tarkastelluilla käsitteillä on riittävän läheiset ominaisuudet niin, että selvä erottelu niiden välillä ei ole ennalta helppoa. Sopimuksen luokittelu riippuu siis niistä konkreettisista tekijöistä, jotka ovat ominaisia nyt esillä olevassa asiassa.

71 Edellä tarkoitetusta palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen määritelmästä johtuu joka tapauksessa, että sille on ominainen tilanne, jossa hankintaviranomainen siirtää tietyn palvelun käyttöoikeuden konsessionhaltijalle, jolla on tehdyn sopimuksen puitteissa tietty taloudellinen vapaus määrittää tämän oikeuden käyttöedellytykset, jolloin siihen kohdistuvat samalla suuressa määrin tähän käyttöön liittyvät riskit. Puitejärjestelylle sitä vastoin on ominainen tilanne, jossa sopimuksen osapuolena olevan talouden toimijan toiminta on määritelty niin, että kaikkien mainitun toimijan kanssa tiettynä aikana tehtyjen sopimusten on noudatettava tässä sopimuksessa määrättyjä edellytyksiä.

72 Tämä erotteleva tekijä on vahvistettu yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, jonka mukaan kyse on palveluja koskevasta käyttöoikeussopimuksesta silloin, kun sovittu korvaus perustuu siihen, että palvelun suorittajalle annetaan oikeus hyödyntää omaa palvelujen tarjoamistaan, ja kun kyseinen tapa suorittaa korvaus merkitsee sitä, että palvelujen suorittaja ottaa vastatakseen kyseiseen palvelutoimintaan liittyvästä riskistä (asia C-382/05, komissio v. Italia, tuomio 18.7.2007, Kok., s. I-6657, 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

73 Nyt esillä olevassa asiassa pääasiassa kyseessä oleva sopimus on SGB V:n 140 a–140 e §:ssä säädetty niin sanottu ”integroitua hoitoa koskeva sopimus”, joka on tehty julkisen sairausvakuutuskassan ja talouden toimijan välillä. Tämän sopimuksen mukaan talouden toimija sitoutuu palvelemaan sen puoleen kääntyviä vakuutettuja. Samalla suoritusten eri muodot määritellään kyseisessä sopimuksessa, kuten myös sen voimassaoloaika. Eri suoritusten määriä ei ole vahvistettu, mutta sitä ei vaadita palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen määritelmän mukaan. Julkinen sairausvakuutuskassa on ainoana maksajana vastuussa palvelun suorittajan saamasta korvauksesta. Talouden toimijan toiminnan harjoittamisen edellytykset näyttävät siis olevan määritellyt pääasiassa kyseessä olevassa sopimuksessa niin, että kyseisellä toimijalla ei ole sellaista taloudellista vapautta, joka on ominainen palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen tapauksessa, eikä sillä ole tällaiseen toimintaan liittyvää huomattavaa riskiä.

74 Voidaan tietysti huomauttaa, että nyt esillä olevassa asiassa talouden toimijalla on tietty riski, koska saattaa olla, että vakuutetut eivät halua sen tuotteita ja palveluja. Tämä riski on kuitenkin vähäinen. Talouden toimija on itse asiassa vapautettu riskistä, joka liittyy sen saaman korvauksen maksamiseen ja sen yksittäisten sopimuspuolten maksukyvyttömyyteen, koska julkinen sairausvakuutuskassa on laillisesti ainoa maksuvelvollinen sen korvauksen osalta. Vaikka sen on lisäksi oltava suorituksiaan varten riittävästi varustautunut, sen ei tarvitse sitoutua ennalta huomattaviin menoihin ennen yksilöllisen sopimuksen tekemistä vakuutetun kanssa. Vakuutettujen, jotka kärsivät niin sanotusta ”diabeettisen jalan” oireyhtymästä ja jotka voivat kääntyä tämän talouden toimijan puoleen, lukumäärä on tiedossa ennalta, joten saatavilla on kohtuullinen arvio sen palvelujen käytöstä.

75 Näin ollen nyt esillä olevassa asiassa talouden toimija ei kanna kyseessä oleviin toimintoihin liittyvää ensisijaista riskiä, joka on ominainen konsessionsaajan tilanteelle palveluja koskevan käyttöoikeussopimuksen puitteissa.

76 Kolmanteen kysymykseen on siis vastattava, että jos palvelujen suorittaminen osoittautuu nyt esillä olevassa sopimuksessa ensisijaiseksi tavaroiden toimitukseen nähden, pääasiassa kyseessä olevan kaltaista julkisen sairausvakuutuskassan ja talouden toimijan välillä tehtyä sopimusta, jossa määritellään kyseisen toimijan suorittamista eri hoitomuodoista sille maksettavat korvaukset sekä sopimuksen voimassaoloaika ja jossa mainittu toimija sitoutuu palvelemaan sen puoleen kääntyviä vakuutettuja ja jonka nojalla mainittu kassa puolestaan on ainoa maksuvelvollinen tämän saman toimijan suorituksiin perustuvan korvauksen osalta, on pidettävä direktiivin 2004/18 1 artiklan 5 kohdassa tarkoitettuna puitejärjestelynä.

Oikeudenkäyntikulut

77 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (neljäs jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

1) Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdan ensimmäistä vaihtoehtoa on tulkittava niin, että toimintaa rahoittaa pääosin valtio, kun julkisten sairausvakuutuskassojen

toiminta rahoitetaan pääasiallisesti vakuutetuilta kannettavilla maksuilla, jotka määrätään, lasketaan ja peritään pääasiassa kyseessä olevien kaltaisten julkisoikeudellisten sääntöjen mukaisesti. Tällaisia sairausvakuutuskassoja on pidettävä julkisoikeudellisina laitoksina ja siten tämän direktiivin sääntöjen soveltamiseksi hankintaviranomaisina.

2) **Kun hankintaa koskevan sekasopimuksen kohteena ovat samalla tavarat ja palvelut, sovellettava kriteeri sen määrittämiseksi, onko kyseessä olevaa sopimusta pidettävä tavaranhankinta- vai palveluhankintasopimuksena, on sopimukseen sisältyvien tavaroiden ja palvelujen arvo. Silloin, kun käytettäviksi annetaan tavaroita, jotka on valmistettu ja mukautettu yksilöllisesti kunkin asiakkaan tarpeisiin ja joiden käyttöä on kullekin asiakkaalle yksilöllisesti neuvottava, mainittujen tavaroiden valmistus on luokiteltava kyseisen sopimuksen osaan ”tavarat” sen kunkin osan arvon laskemiseksi.**

3) **Jos palvelujen suorittaminen osoittautuu kyseessä olevassa sopimuksessa ensisijaiseksi tavaroiden toimitukseen nähden, pääasiassa kyseessä olevan kaltaista julkisen sairausvakuutuskassan ja talouden toimijan välillä tehtyä sopimusta, jossa määritellään kyseisen toimijan suorittamista eri hoitomuodoista sille maksettavat korvaukset sekä sopimuksen voimassaoloaika ja jossa mainittu toimija sitoutuu palvelemaan sen puoleen kääntyviä vakuutettuja ja jonka nojalla mainittu kassa puolestaan on ainoa maksuvelvollinen tämän saman toimijan suorituksiin perustuvan korvauksen osalta, on pidettävä direktiivin 2004/18 1 artiklan 5 kohdassa tarkoitettuna puitejärjestelynä.**

Allekirjoitukset