DOMSTOLENS DOM (fjärde avdelningen)

den 11 juni 2009 *

I mål C-300/07,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) genom beslut av den 23 maj 2007, som inkom till domstolen den 27 juni 2007, i målet

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik

mot

AOK Rheinland/Hamburg,

meddelar

DOMSTOLEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden K. Lenaerts samt domarna T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (referent) och G. Arestis,

* Rättegångsspråk: tyska.

generaladvokat: J. Mazák,
justitiesekreterare: handläggaren C. Strömholm,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 juni 2008,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, genom H. Glahs och U. Karpenstein, Rechtsanwälte,

— AOK Rheinland/Hamburg, genom A. Neun, Rechtsanwalt,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom G. Wilms och D. Kukovec, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 16 december 2008 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 c och d, 1.4, 1.5 och 1.9 andra stycket c första och andra fallen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, s. 114).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik och AOK Rheinland/Hamburg angående för det första frågan huruvida de tyska offentliga sjukkassorna utgör upphandlande myndigheter vid tillämpningen av bestämmelserna i direktiv 2004/18, för det andra om det utgör upphandling av varor eller upphandling av tjänster när specialiserade skotillverkare efter avtal med den offentliga sjukkassan tillhandahåller ortopediska skor som är tillverkade och anpassade individuellt efter varje patients behov, kombinerat med utförlig rådgivning till patienten före och efter tillhandahållandet, och för det tredje – för det fall att tillhandahållandet av ortopediska skor ska anses utgöra ett tillhandahållande av tjänster – om det i detta fall är fråga om en ”tjänstekoncession” eller ett ”ramavtal” i den mening som avses i direktiv 2004/18.

Tillämpliga bestämmelser

De gemenskapsrättsliga bestämmelserna

3 I artikel 1 i direktiv 2004/18, med rubriken ”Definitioner”, föreskrivs följande:

”…

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

…

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

…

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

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

Ett offentligt kontrakt som avser tjänster enligt bilaga II och omfattar sådan verksamhet enligt bilaga I som endast är underordnad verksamhet i förhållande till kontraktets huvudändamål skall betraktas som ett offentligt tjänstekontrakt.

…

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

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

…”

4 Artikel 1.9 i direktiv 2004/18 innehåller följande definition:

”upphandlande myndigheter: statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

Med offentligrättsliga organ avses alla organ

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

b) som är juridiska personer, och

c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ.

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

5 I bilaga III till detta direktiv, i kapitel III ”Tyskland”, avsnitt 1 ”Kategorier”, punkt 1.1 ”Organ”, anges i första strecksatsen ”Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)/[socialförsäkringar (sjukkassor, olycksfalls- och pensionsförsäkringsinstitutioner)]”.

6 I artikel 21 i direktivet stadgas följande:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4.”

7 I bilaga II B till samma direktiv anges ”Hälsovård och socialtjänster” under kategori 25.

8 Enligt artikel 22 i direktiv 2004/18 gäller följande:

”Kontrakt avseende tjänster förtecknade såväl i bilaga II A som i bilaga II B skall, om värdet av tjänsterna i bilaga II A överstiger värdet av tjänsterna i bilaga II B, tilldelas enligt bestämmelserna i artiklarna 23–54. I övriga fall skall kontrakten tilldelas enligt artikel 23 och artikel 35.4.”

9 I artikel 32.2 i direktivet anges följande:

”En upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv …”

10 I artikel 79 i direktivet, med rubriken ”Ändringar”, föreskrivs följande:

”Kommissionen får ändra följande enligt förfarandet i artikel 77.2:

…

d) Förteckningarna över offentligrättsliga organ och kategorier av organ enligt bilaga III, när dessa, grundade på anmälningar från medlemsstaterna, visar sig nödvändiga.

…”

11 Slutligen stadgas följande i artikel 1.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 1999/44/EG av den 25 maj 1999 om vissa aspekter rörande försäljning av konsumentvaror och härmed förknippade garantier (EGT L 171, s. 12):

”I detta direktiv skall också med köpeavtal avses sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som skall framställas eller tillverkas.”

Den nationella lagstiftningen

12 Följande sammanfattning av den relevanta nationella lagstiftningen grundar sig på uppgifter i handlingarna i målet vid domstolen, särskilt begäran om förhandsavgörande.

13 Den offentliga hälso- och sjukvården i Tyskland och organiserandet och finansieringen av de offentliga sjukkassorna regleras i fjärde och femte böckerna i socialförsäkringslagen (Sozialgesetzbuch) (nedan kallade SGB IV och SGB V). Den uppgift som lagstiftaren gett de offentliga sjukkassorna definieras på följande sätt i 1 § 1 SGB V:

”Sjukförsäkringen har, i egenskap av en gemenskap grundad på solidaritetsprincipen, till syfte att bevara, återställa eller förbättra de försäkrades hälsa.”

14 Det framgår av 4 § 1 SGB V att de offentliga sjukkassorna är offentligrättsliga organ med ställning som juridiska personer och med självstyrande befogenheter. De har upprättats med stöd av 1 och 3 §§ SGB V. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att den övervägande delen av Tysklands befolkning (ungefär 90 procent) är tvångsförsäkrad enligt lag hos en lagstadgad sjukkassa. Personer som omfattas av den obligatoriska sjukförsäkringen kan välja vilken försäkringskassa de vill tillhöra, men de kan inte välja mellan en offentlig och en privat kassa.

15 Lagstiftningen om finansieringen av de offentliga sjukkassorna återfinns i 20–28 §§ SGB IV och i 3 § samt 220 § och följande paragrafer SGB V. Denna finansiering säkerställs genom obligatoriska avgifter från de försäkrade, direkta utbetalningar från förbundsstaten och kompensationsbetalningar från det finansiella kompensationssystemet, vilket består av de olika offentliga sjukkassorna, och från riskstrukturutjämningen mellan dessa.

16 Enligt begäran om förhandsavgörande utgör de obligatoriska avgifterna från de försäkrade, liksom den del av dessa avgifter som de försäkrades arbetsgivare ska betala, den klart största delen av de offentliga sjukkassornas finansiering. Avgiftsbeloppen beror enbart på den försäkrades inkomst, det vill säga förmåga att bidra. Andra faktorer, såsom den försäkrades ålder, hälsotillstånd eller antalet försäkrade personer som denne har försörjningsansvar för saknar därvid betydelse. I praktiken drar arbetsgivaren av den del av avgiften som den försäkrade ska betala från dennes lön och betalar in den till sjukkassan tillsammans med den del av avgiften som arbetsgivarens själv svarar för. Dessa är offentligrättsliga förpliktelser, och uppbörden av avgifterna sker på tvingande grund med stöd av offentligrättsliga bestämmelser.

17 Avgiftsbeloppen bestäms inte av staten utan av de offentliga sjukkassorna. Såsom stadgas i den relevanta lagstiftningen skall kassorna beräkna avgifterna så, att de med tillägg för övriga tillgångar täcker de utgifter som föreskrivs i lagen och garanterar att

medel och reserver som föreskrivs i lagen finns tillgängliga. Fastställelsen av avgiftssatserna kräver godkännande från tillsynsmyndigheten för respektive försäkringskassa. Enligt begäran om förhandsavgörande är avgiftsbeloppen i viss mån rättsligt styrda, eftersom de måste fastställas så, att inkomsterna från dem varken är högre eller lägre än kassornas utgifter. Eftersom de förmåner som ska betalas ut enligt det tyska hälso- och sjukvårdssystemet till största delen bestäms i lag, kan den berörda sjukkassan i praktiken inte direkt påverka storleken på sina utgifter.

18 För att hålla avgifterna för de försäkrade på samma nivå, föreskrivs i 266–268 §§ SGB V att kompensationsbetalningar ska göras på årsbasis mellan alla offentliga sjukkassor enligt ett system för riskutjämning. Enligt den hänskjutande domstolen finns det därvid en ömsesidig solidaritetsplikt mellan dessa sjukkassor, och var och en av dem har rätt att få, eller en skyldighet att lämna, kompensation med ett visst belopp.

19 De offentliga sjukkassorna, som enligt 4 § 1 SGB V har självstyrande befogenheter, är underställda statlig kontroll. Enligt begäran om förhandsavgörande är denna kontroll inte begränsad till enbart en laglighetskontroll i efterhand.

20 Vissa åtgärder som de offentliga sjukkassorna vidtar kräver godkännande från tillsynsmyndigheten, såsom ändring av stadgarna, fastställande av avgiftssatserna, byggverksamhet och markförvärv samt inköp av mjukvara till datorer. Detta framgår av 195 § 1, 220 § 2 och 241 § SGB V. Tillsynsmyndigheterna ska granska, åtminstone vart femte år, hur de sjukkassor de kontrollerar drivs i affärsmässigt, bokföringsmässigt och

operativt hänseende. Denna kontroll, som bland annat omfattar den aktuella kassans lönsamhet, kan ske oftare (69 § 2 och 88 § 1 SGB IV samt 274 § 1 SGB V). Inom ramen för dessa kontroller ska kassorna enligt 88 § 2 SGB IV överlämna alla nödvändiga handlingar och upplysningar till tillsynsmyndigheten. Om kassornas självstyrande organ underlåter att utföra sina obligatoriska uppgifter, ska dess uppgifter enligt 37 § och 89 § 3 SGB IV ombesörjas av tillsynsmyndigheten själv.

21 Slutligen ska varje lagstadgad sjukkassas preliminära budget inges till behörig tillsynsmyndighet (70 § 5 SGB IV). Denna myndighet kan besluta att sjukkassor som inte är livskraftiga ska slås samman med andra kassor eller stängas (146a §, 153 § 1.3, 156 §, 163 § första meningen 3, 167 § andra meningen och 170 § SGB V).

22 Eftersom den försäkrade, enligt det ifrågavarande systemet, har en rätt via sjukkassan inte till återbetalning av kostnader utan till kostnadsfri tillgång till motsvarande tjänster (2 § 2 SGB V), enligt principen om vårdförmåner, uppmuntras sjukkassorna att med olika leverantörer sluta vårdavtal som är multisektoriella eller interdisciplinära. Dessa ”integrerade vårdavtal”, som nämns i 140–140e §§ SGB V, sluts mellan de offentliga sjukkassorna och olika leverantörer som får tillhandahålla vård till de försäkrade. I dessa överenskommelser fastställs ersättningen för olika former av integrerad vård, vilken är avsedd att betala för samtliga tjänster som den försäkrade kan begära inom ramen för systemet. Det är den offentliga sjukkassan som är part i det integrerade vårdavtalet och som ska betala leverantörens ersättning. Det är frivilligt för de försäkrade att anlita de

olika integrerade vårdformerna, men när den försäkrade väljer en sådan vårdform är han skyldig att vända sig till de tjänsteleverantörer med vilka den behöriga offentliga sjukkassan har ingått ett sådant avtal.

23 Vid förfarandet inför domstolen har även två avgöranden från Bundesverfassungsgericht nämnts beträffande de tyska sjukkassornas uppdrag.

24 I sitt beslut av den 9 juni 2004 (2 BvR 1248/03 och 2 BvR 1249/03) slog Bundesverfassungsgericht fast följande:

”Socialrätten är ett av de viktigaste redskapen för statens socialpolitik. Enligt den ordning för en välfärdsstat som upprättats i grundlagen (Grundgesetz) är skydd vid sjukdom en av statens grundläggande uppgifter. Lagstiftaren har axlat denna uppgift genom att säkerställa skyddet för den allra största delen av befolkningen genom att införa en lagstadgad sjukförsäkring som är obligatorisk enligt offentlig rätt och genom att reglera formerna för detta skydd. De offentliga sjukkassornas huvuduppgift består i att verkställa en detaljerad sociallagstiftning som skapats för att genomföra denna grundläggande statliga uppgift.”

25 Slutligen fann Bundesverfassungsgericht i beslut av den 31 januari 2008 (1 BvR 2156/02) att sjukkassorna är offentligrättsliga organ som är integrerade i staten och som indirekt handhar statliga förvaltningsuppgifter.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

26 Genom meddelande som publicerades i juni 2006 i en specialisttidskrift infordrade AOK Rheinland/Hamburg, en lagstadgad sjukkassa, anbud från tillverkare av ortopediska skor avseende tillverkning och leverans av skor inom ramen för ett integrerat vårdavtal i den mening som avses i 140a § och följande paragrafer i SGB V, för perioden den 1 september–31 december 2006. De prestationer som skulle tillhandahållas klassificerades efter betydelse i olika avgiftskategorier, för vilka anbudsgivarna skulle ange sina begärda priser.

27 Antalet skor som skulle levereras var inte bestämt. Tanken var att patienter som led av så kallad diabetisk fot och som hade ett sjukförsäkringskort och läkarordination skulle vända sig direkt till den ortopediska skotillverkaren. Dennes uppgift bestod i att tillverka och kontrollera ortopediska skor som var individuellt anpassade till varje patients behov. Utförliga råd skulle också lämnas både före och efter tillhandahållandet av skorna. Förutom vissa tillägg som patienten skulle betala, skulle sjukkassan stå för kostnaden.

28 Hans & Christopher Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, ett företag som tillverkar ortopediska skor, lämnade ett anbud och åberopade två dagar senare överträdelser av gemenskapsbestämmelserna och av de nationella bestämmelserna om tilldelning av offentliga kontrakt. Sjukkassan avslog dessa invändningar med motiveringen att bestämmelserna om offentlig upphandling inte var tillämpliga i detta fall. Eftersom skoföretaget inte fick gehör för sin talan i första instans, överklagade det underrättens avgörande till Oberlandesgericht Düsseldorf, avdelningen för offentlig upphandling.

29 Denna domstol noterade för det första att det råder delade meningar i tysk doktrin och rättspraxis vad gäller huruvida de offentliga sjukkassorna, vilka i och för sig nämns i bilaga III till direktiv 2004/18, ska betraktas som offentligrättsliga organ och således som upphandlande myndigheter i den mening som avses i direktivet. Den redovisade därför sina överväganden rörande de olika villkoren i artikel 1.9 andra stycket i nämnda direktiv.

30 Vad gäller villkoren i artikel 1.9 andra stycket a och b i direktivet, anser den hänskjutande domstolen att dessa är uppfyllda. Sjukkassorna är offentligrättsliga juridiska personer som särskilt har inrättats för att bevara, återställa eller förbättra de försäkrades hälsa, det vill säga den tillgodoser behov i det allmännas intresse. Vidare saknar dessa behov industriell och kommersiell karaktär, eftersom de offentliga sjukkassorna inte bedriver någon kommersiell verksamhet och tillhandahåller sina tjänster utan vinstsyfte.

31 Prövningen bör således, enligt den nationella domstolen, inriktas på villkoren i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18.

32 Vad gäller det första av dessa villkor – att verksamheten till största delen finansieras av staten – hänvisade den hänskjutande domstolen till det nationella systemet i fråga, såsom detta framgår av punkterna 13–18 ovan i förevarande dom.

33 Vad gäller villkoret att verksamheten ska stå under kontroll av offentliga myndigheter, hänvisade den hänskjutande domstolen till de relevanta inslagen i systemet, såsom dessa framgår av punkterna 19 och 20 ovan i förevarande dom.

34 Om de offentliga sjukkassorna skulle anses vara upphandlande myndigheter, uppkommer för det andra frågan huruvida avtalet i det nationella målet ska klassificeras som ett offentligt varukontrakt eller som ett offentligt tjänstekontrakt. Den hänskjutande domstolen noterade därvid att kriteriet för den bedömningen enligt artikel 1.2 d andra stycket i direktiv 2004/18 är värdet på varorna respektive tjänsterna i fråga. Utifrån det kriteriet är det enligt den hänskjutande regeringen väsentligt att veta vilken del som tillverkningen av skorna i fråga i det nationella målet utgör av prestationen som helhet, vilken innefattar inköp av material, tillverkningen samt råd och information till kunderna.

35 Om den individualiserade tillverkningen av de i det nationella målet aktuella skorna betraktas som en del av en varuleverans, bedömer den hänskjutande domstolen att värdet av skoleveransen är högre än värdet av tjänsterna. Om värdet av varuleveransen däremot bara består av grundmaterialet, är värdet av tjänsterna högre än värdet av varorna. Den har noterat att artikel 1.4 i direktiv 1999/44 tycks ge stöd åt den förstnämnda tolkningen. Där jämställs ”sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som skall framställas eller tillverkas” med köpavtal, detta oberoende av om det handlar om masstillverkade varor eller om individuellt anpassade beställningsvaror, alltså varor som inte kan ersättas. Det kan dock utläsas av domstolens rättspraxis att även kvalitativa aspekter har betydelse i detta sammanhang (se dom av den 18 januari 2007 i mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, punkt 46). I detta sammanhang ska det beaktas att de råd som lämnas till patienterna inte begränsar sig till val av produkt och användningen av produkten.

36 Den hänskjutande domstolen har understrukit att denna avgränsning är betydelsefull, eftersom klassificeringen av kontraktet i fråga som varukontrakt skulle medföra att bestämmelserna i direktiv 2004/18 ska tillämpas fullt ut.

37 Om avtalet i fråga inte ska klassificeras som varukontrakt, har den hänskjutande domstolen för det tredje frågat huruvida det ska betraktas som ett tjänstekontrakt eller som en tjänstekoncession. I det sistnämnda fallet ska direktiv 2004/18 inte tillämpas, såsom framgår av artikel 17 i direktivet. Enligt domstolen i första instans kan den sistnämnda möjligheten uteslutas direkt, eftersom det är den offentliga sjukkassan, inte patienten, som ska betala ersättningen till leverantören. Enligt den hänskjutande domstolen ska det dock även beaktas vem som står den ekonomiska risken. Det ska därvid noteras att leverantören inte står risken vid indrivning av skulder och för gäldenärers insolvens, då det är sjukkassan och inte patienten som ska betala leverantören. Samtidigt står leverantören risken att dess varor och tjänster inte efterfrågas av patienterna. Det är för övrigt den faktorn som skiljer förevarande fall från situationen med ett vanligt ramavtal. Enligt den hänskjutande domstolen är den springande punkten för klassificeringen av kontraktet i fråga som tjänstekoncession att leverantören inte dessförinnan utfört några kostsamma prestationer, exempelvis uppförande av lokaler eller kostnader för personal eller utrustning, som sedan måste betalas av genom en ”rätt att [som vederlag] utnyttja [den egna prestationen] kommersiellt” (dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 30).

38 Den hänskjutande domstolen har slutligen framhållit att kontraktet i fråga, om det ska betraktas som ett tjänstekontrakt, enligt artikel 21 i och bilaga II B (kategori 25) till direktiv 2004/18, endast omfattas av artiklarna 23 och 35.4 i direktivet, eftersom det rör hälsovård. Ett åsidosättande av de bestämmelserna är i detta fall uteslutet redan från början. En sådan klassificering skulle dock innebära att vissa bestämmelser i nationell rätt som grundar sig på samma definition av ”tjänstekontrakt” blev tillämpliga, vilka skulle leda till delvist bifall till klagandens talan i det nationella målet.

39 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Düsseldorf att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

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

b) Ska kriteriet att organets ’verksamhet står under kontroll av sådana organ’ enligt artikel 1.9 andra stycket c andra fallet i direktivet tolkas så, att en statlig tillsyn, som även omfattar fortfarande pågående och framtida affärer, – varvid i förekommande fall ytterligare i skälen beskrivna ingreppsmöjligheter tillkommer för staten – är tillräcklig för att kriteriet ska anses vara uppfyllt?

2) Om den första tolkningsfrågan – delfrågorna a eller b – ska besvaras jakande, ska då tillhandahållandet av varor som till sin form och funktion tillverkas och anpassas efter varje kunds behov och individuell rådgivning till kunden om hur varan ska användas, anses utgöra ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 c respektive d i [direktiv 2004/18]? Ska vid denna bedömning enbart värdet för de respektive prestationerna beaktas?

3) Om fråga 2 ska besvaras så, att tillhandahållandet ska anses utgöra eller skulle kunna utgöra en tjänst, ska då artikel 1.4 i direktivet tolkas så att en tjänstekon-

cession – i motsats till ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktivet – även föreligger om uppdrag lämnas på ett sätt som innebär att

— beslutet om huruvida och i vilka fall uppdragstagaren får enskilda uppdrag inte fattas av uppdragsgivaren utan av tredje man,

— uppdragstagaren får betalt av uppdragsgivaren, eftersom enbart den sistnämnda har lagstadgad skyldighet att erlägga betalning och gentemot tredje man är skyldig att tillhandahålla tjänsten, och

— uppdragstagaren inte på något sätt behöver fullgöra eller uppvisa några prestationer innan tredje man tar hans tjänster i anspråk?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första tolkningsfrågan

40 Den hänskjutande domstolen har ställt den första tolkningsfrågan för att få klarhet i huruvida offentliga sjukkassor som den i fråga i det nationella målet med hänsyn till sina egenskaper, såsom dessa redovisats i begäran om förhandsavgörande, ska betraktas som upphandlande myndigheter vid tillämpningen av direktiv 2004/18.

41 För att besvara den frågan ska domstolen först pröva den underliggande fråga som framgår av skälen i begäran om förhandsavgörande och av den problemställning som redovisats av den hänskjutande domstolen, nämligen huruvida den omständigheten att

de offentliga sjukkassorna i fråga uttryckligen nämns i bilaga III till direktiv 2004/18 är tillräcklig för att de redan på den grunden ska betraktas som offentligrättsliga organ och därmed som upphandlande myndigheter.

42 Klaganden i det nationella målet samt Europeiska gemenskapernas kommission har därvid gjort gällande att om en viss enhet finns upptagen i bilaga III i direktiv 2004/18 är det i sig tillräckligt för att klassificera denna som ett offentligrättsligt organ. Upptagandet i denna bilaga är en icke motbevisbar presumtion för en sådan klassificering, och det är överflödigt att göra någon kompletterande bedömning av enhetens art och egenskaper.

43 Den ståndpunkten kan inte godtas.

44 Det framgår av artikel 234 första stycket b EG att en nationell domstol när som helst kan fråga EG-domstolen om giltigheten av en rättsakt som beslutats av gemenskapsinstitutionerna, om den anser att ett beslut av EG-domstolen i frågan är nödvändigt för att döma i saken.

45 Det ska därvid understrykas att gemenskapslagstiftningen i fråga, det vill säga direktiv 2004/18, innehåller både materiella bestämmelser, som artikel 1.9 andra stycket, där det anges vilka villkor ett organ måste uppfylla för att betraktas som en upphandlande myndighet i den mening som avses i direktivet, och genomförandeåtgärder för dessa materiella bestämmelser, såsom den icke uttömmande förteckningen i bilaga III över de offentliga organ som anses uppfylla dess villkor. Det ankommer mot den bakgrunden på EG-domstolen att, när den mottar en motiverad begäran om detta från en nationell domstol, säkerställa att den aktuella gemenskapsrättsakten är internt konsekvent genom att pröva huruvida det utgör en korrekt tillämpning av de materiella kriterierna i ovannämnda bestämmelse att uppta ett visst organ i nämnda förteckning. Ett sådant ingripande av domstolen krävs med hänsyn till rättssäkerheten, som är en allmän gemenskapsrättslig princip.

46 I detta fall har den hänskjutande domstolen tagit upp, om än inte uttryckligen, en fråga om giltigheten av att de aktuella offentliga sjukkassorna angetts i bilaga III till direktiv 2004/18. Den har pekat på de skillnader som föreligger mellan rättspraxis och doktrin i Tyskland vad gäller huruvida det är ett tillräckligt och exklusivt villkor att dessa kassor tas upp i nämnda bilaga för att klassificera dem som offentligrättsliga organ. Den hänskjutande domstolen har också uttryckt sina egna tvivel på den punkten. Den har därför formulerat sin första tolkningsfråga utifrån de materiella villkoren i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18.

47 Den hänskjutande domstolen önskar följaktligen få svar från EG-domstolen om huruvida upptagandet av organet i fråga i bilaga III till direktiv 2004/18 är giltigt, med hänsyn till de materiella villkoren i nämnda bestämmelse.

48 EG-domstolen erinrar, med avseende på den frågan, om att de tre villkoren i artikel 1.9 andra stycket a, b respektive c i direktiv 2004/18, vilka måste vara uppfyllda för att en enhet ska betraktas som ett offentligrättsligt organ, enligt domstolens fasta rättspraxis är kumulativa (dom av den 10 april 2008 i mål C-393/06, Ing. Aigner, REG 2008, s. I-2339, punkt 36 och där angiven rättspraxis).

49 Som framgår av begäran om förhandsavgörande är villkoren i artikel 1.9 andra stycket a och b i direktiv 2004/18 uppfyllda i detta fall. De offentliga sjukkassorna i fråga är offentligrättsliga juridiska personer som har inrättats enligt lag specifikt av folkhälsoskäl, vilka utgör behov i det allmännas intresse. Dessa behov har inte industriell eller kommersiell karaktär, eftersom sjukkassorna tillhandahåller sina prestationer utan vinstsyfte. Vad som återstår att pröva är således huruvida minst ett av

de alternativa villkor som anges i de tre fallen i artikel 1.9 andra stycket c i nämnda direktiv är uppfyllt här, i första hand villkoret om ”till största delen” statlig finansiering.

50 Vad gäller det villkoret erinrar domstolen inledningsvis om att skyddet av folkhälsan, såsom framgår av det nationella systemet i fråga liksom av de beslut från Bundesverfassungsgericht som det hänvisas till ovan i punkterna 24 och 25 i förevarande dom, är en av statens grundläggande uppgifter och att de offentliga sjukkassorna utgör en integrerad del av staten och indirekt handhar statliga förvaltningsuppgifter.

51 Det ska därefter noteras att ordalydelsen i artikel 1.9 andra stycket c första fallet i direktiv 2004/18 enligt domstolens rättspraxis inte preciserar hur finansieringen enligt denna bestämmelse ska ske. Det krävs således inte att de berörda organens verksamhet finansieras direkt av staten eller någon annan offentlig enhet för att villkoret i fråga ska vara uppfyllt. Indirekt finansiering är således tillräcklig i det avseendet (se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 december 2007 i mål C-337/06, Bayerischer Rundfunk m.fl., REG 2007, s. I-11173, punkterna 34 och 49).

52 Det ska för det första framhållas att finansieringen av de offentliga sjukkassorna i fråga enligt den relevanta nationella lagstiftningen säkerställs genom avgifter från de försäkrade, däribland avgifter som betalas av arbetsgivarna för de försäkrades räkning, genom direkta betalningar från myndigheterna på förbundsstatsnivå och genom kompensationsbetalningar mellan försäkringskassorna enligt systemet för riskutjämning dem emellan.

53 Det framgår för det andra av begäran om förhandsavgörande att de försäkrade betalar in sina avgifter utan att få någon specifik motprestation i den mening som avses i domstolens rättspraxis (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 oktober 2000 i mål C-380/98, University of Cambridge, REG 2000, s. I-8035, punkterna 23–25). Dessa betalningar är inte kopplade till någon avtalad konkret motprestation, då varken skyldigheten att betala avgifter eller storleken på avgifterna är resultatet av ett avtal mellan sjukkassorna och de försäkrade, eftersom de sistnämnda är förpliktade enligt lag

att betala avgift när de är anslutna till en försäkringskassa, vilket också är obligatoriskt enligt lag (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl., punkt 45). Dessutom bestäms storleken på avgifterna enbart utifrån den försäkrades betalningsförmåga. Andra faktorer, som dennes ålder, hälsotillstånd eller antalet försäkrade personer som denne har försörjningsansvar för saknar därvid betydelse.

54 För det tredje har den hänskjutande domstolen framhållit att till skillnad från i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl. fastställs avgiftssatserna i förevarande fall inte av myndigheterna utan av sjukkassorna själva. Den hänskjutande domstolen har emellertid med rätta noterat att sjukkassorna därvid har ett synnerligen snävt utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom deras uppdrag är att tillhandahålla de prestationer som föreskrivs i socialförsäkringslagstiftningen. Eftersom dessa prestationer och de kostnader som är förbundna med dem är bestämda i lag och sjukkassorna inte driver sin verksamhet i vinstsyfte, måste avgiftssatserna bestämmas så, att inkomsterna från dessa avgifter varken blir lägre eller högre än utgifterna.

55 För det fjärde ska det betonas att sjukkassornas fastställande av avgifterna i alla händelser kräver godkännande från respektive behörig tillsynsmyndighet. Avgiftssatserna är alltså, enligt vad den hänskjutande domstolen har uppgett, i viss mån rättsligt ålagda. Vad slutligen gäller sjukkassornas övriga inkomstkällor, utgör direktbetalningarna från myndigheterna på förbundsstatsnivå, vilka visserligen är av mindre betydelse, tveklöst direkt statlig finansiering.

56 Vad slutligen gäller hur avgifterna uppbärs, framgår det av begäran om förhandsavgörande att den del av avgiften som den försäkrade ska betala i praktiken dras av från lönen av arbetsgivaren och betalas in till den behöriga sjukkassan tillsammans med den

del som arbetsgivaren själv svarar för. Avgifterna uppbärs alltså utan att den försäkrade har någon möjlighet att ingripa. Den hänskjutande domstolen har därvid påpekat att uppbörden av avgifterna är tvingande och grundar sig på offentligrättsliga bestämmelser.

57 Domstolen konstaterar därför, liksom i punkt 48 i sin dom i det ovannämnda målet Bayerischer Rundfunk m.fl., att finansiering, som den i det nationella målet, av ett offentligt sjukförsäkringssystem, vilken har sitt ursprung i statliga rättsakter, i praktiken garanteras av myndigheterna och säkerställs genom uppbörd av avgifter som omfattas av offentligrättsliga bestämmelser, uppfyller villkoret om statlig finansiering vid tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

58 Med hänsyn till den slutsatsen och till att villkoren i artikel 1.9 andra stycket c i direktiv 2004/18 är alternativa finns det inte anledning att pröva huruvida villkoret att driften av de offentliga sjukkassorna kontrolleras av offentliga myndigheter är uppfyllt i förevarande fall.

59 Den första tolkningsfrågan ska således besvaras på följande sätt. Artikel 1.9 andra stycket c första fallet i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att de offentliga sjukkassornas verksamhet till största delen är statligt finansierad när finansieringen huvudsakligen består av avgifter från de försäkrade, vilka åläggs, beräknas och uppbärs enligt offentligrättsliga bestämmelser som dem i det nationella målet. Sådana sjukkassor ska betraktas som offentligrättsliga organ och därmed som upphandlande myndigheter vid tillämpningen av bestämmelserna i nämnda direktiv.

Den andra tolkningsfrågan

60 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra tolkningsfrågan för att få klarhet i vilket kriterium som ska tillämpas för att avgöra om ett blandat offentligt kontrakt, som avser både varor och tjänster, ska anses vara ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt och huruvida det enda kriteriet som är relevant för den bedömningen är värdet av de olika delarna av det blandade kontraktet. Det framgår dock av begäran om förhandsavgörande att den nationella domstolen även vill få klarhet i om, vid tillhandahållande av varor som tillverkats och anpassats individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, tillverkningen av dessa varor ska föras till ”varudelen” eller ”tjänstedelen” av kontrakten vid beräkningen av värdet av respektive beståndsdel.

61 För att besvara den frågan vill domstolen först påpeka att beträffande kontrakt som avser både varor och tjänster innehåller direktiv 2004/18 en specifik bestämmelse, i artikel 1.2 d andra stycket, om vilket kriterium som ska användas för att avgöra om kontraktet i fråga ska anses vara ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt. Det kriteriet är värdet av de varor respektive tjänster som kontraktet omfattar. Detta kriterium är av kvantitativ art, då det konkret hänför sig till värdet av den motprestation som ska lämnas som ersättning för de ”varor” och ”tjänster” som ingår som beståndsdelar i kontraktet i fråga.

62 När ett kontrakt däremot avser tjänster samt byggentreprenader, ska enligt artikel 1.2 d tredje stycket ett annat avgränsningskriterium tillämpas, nämligen kontraktets huvudändamål. Det kriteriet tillämpades i domen i det ovannämnda målet Auroux m.fl. (punkterna 37 och 46), som rörde just ett kontrakt som avsåg byggentreprenader och tjänster.

63 Det framgår varken av den tillämpliga gemenskapslagstiftningen eller av domstolens relevanta rättspraxis att detta kriterium ska beaktas även vid blandade avtal som avser varor och tjänster.

64 Det ska vidare noteras att enligt definitionen i artikel 1.2 c första stycket i direktiv 2004/18 av begreppet offentliga varukontrakt, avser detta exempelvis köp eller hyra av ”varorna” utan närmare specificering och utan åtskillnad mellan masstillverkade varor och varor som är individuellt anpassade efter kundens önskemål och konkreta behov. Begreppet vara, som denna bestämmelse allmänt hänvisar till, innefattar även tillverkningen, oberoende av om varan i fråga ställs till konsumentens förfogande i ett från början färdigt skick eller efter att ha tillverkats utifrån dennes önskemål.

65 Det synsättet vinner stöd av artikel 1.4 i direktiv 1999/44, där med ”köpeavtal” också avses, allmänt och utan åtskillnad, ”sådana avtal om tillhandahållande av konsumentvaror som skall framställas eller tillverkas”.

66 Den andra tolkningsfrågan ska således besvaras på följande sätt. När ett blandat kontrakt avser både varor och tjänster, är det tillämpliga kriteriet för om det är ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt det respektive värdet av de ingående varorna och tjänsterna. Vid tillhandahållande av varor som tillverkats och anpassats individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, ska tillverkningen av dessa varor föras till ”varudelen” av kontraktet vid beräkningen av värdet av respektive beståndsdel.

Den tredje tolkningsfrågan

67 Den tredje tolkningsfrågan ska förstås som en fråga huruvida, i det fallet att tillhandahållandet av tjänster visar sig vara en större del av kontraktet än leveransen av varor, ingåendet av ett kontrakt mellan en lagstadgad sjukkassa och en tillverkare av ortopediska skor – med hänsyn till de kännetecken som redovisats i begäran om

förhandsavgörande – ska klassificeras som en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.4 i direktiv 2004/18 eller som ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i detta direktiv.

68 Enligt definitionen i artikel 1.4 i direktiv 2004/18 är en tjänstekoncession ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

69 Ett ramavtal definieras å sin sida i artikel 1.5 i direktiv 2004/18 som ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

70 Det framgår av dessa definitioner att de berörda begreppen är tämligen näraliggande. Det är därför inte okomplicerat att göra en tydlig åtskillnad mellan dem på förhand. Den rättsliga klassificeringen av ett kontrakt beror således på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet.

71 Det framgår i alla händelser av ovannämnda definition av en ”tjänstekoncession” att en sådan kännetecknas av en situation där den upphandlande myndigheten överför rätten att utnyttja en viss tjänst till en koncessionsinnehavare, vilken inom ramen för det ingångna kontraktet har en viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för hur denna rätt utnyttjas och därmed också i huvudsak står riskerna med detta utnyttjande. Ett ramavtal kännetecknas däremot av en situation där den verksamhet som en ekonomisk aktör som är part i avtalet bedriver är reglerad på så vis att alla kontrakt som denna aktör ingår under en given tidsperiod måste följa de villkor som anges i ramavtalet.

72 Denna åtskillnad bekräftas i domstolens rättspraxis, enligt vilken det är fråga om en tjänstekoncession när det överenskomna sättet att lämna ersättning till tjänsteleverantören består i en rätt för denne att utnyttja den egna prestationen, vilket innebär att denne tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna (dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, kommissionen mot Italien, REG 2007, s. I-6657, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

73 I detta fall är kontraktet i fråga ett ”integrerat vårdavtal” enligt 140a–140e §§ SGB V, som ingåtts mellan en lagstadgad sjukkassa och en ekonomisk aktör. Enligt detta kontrakt förpliktar sig den ekonomiska aktören att tillhandahålla prestationer åt de försäkrade som vänder sig till denne. Samtidigt bestäms priserna för de olika formerna av prestationer i nämnda kontrakt liksom dess varaktighet. Kvantiteterna vad gäller de olika prestationerna är inte fastslagna på förhand, men det krävs inte för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession. Sjukkassan betalar ensam hela ersättningen till leverantören. Villkoren för den ekonomiska aktörens verksamhet tycks alltså definieras i kontraktet i fråga, varför den ekonomiska aktören inte har den grad av ekonomisk frihet som kännetecknar en tjänstekoncession eller är utsatt för någon betydande risk förenad med utnyttjandet av dennes prestationer.

74 Det skulle förvisso kunna noteras att den ekonomiska aktören i det aktuella fallet är exponerad för viss risk, eftersom dennes varor och tjänster kanske inte efterfrågas av de försäkrade. Den risken är dock begränsad. Den ekonomiska aktören är i själva verket befriad från risken att inte få betalt och för att den enskilda person som är dennes avtalspart blir insolvent, då det rättsligt ankommer helt på sjukkassan att betala ersättningen. Den ekonomiska aktören behöver inte heller ådra sig några avsevärda kostnader innan denne ingår ett individuellt avtal med en försäkrad, även om aktören måste ha tillräcklig utrustning för att kunna tillhandahålla sin prestation. Slutligen är antalet försäkrade med symptomet diabetisk fot, vilka kan tänkas vända sig till denna ekonomiska aktör, känt på förhand. Denne kan således ha en rimlig framförhållning vad gäller efterfrågan på hans prestationer.

75 Följaktligen är det i förevarande fall inte den ekonomiska aktören som står den övervägande risken vid driften av verksamheten i fråga, vilket däremot kännetecknar situationen för en koncessionsinnehavare inom ramen för en tjänstekoncession.

76 Den tredje tolkningsfrågan ska således besvaras på följande sätt. I det fallet att tillhandahållandet av tjänster visar sig vara en större del av ett kontrakt än leveransen av varor, ska ingåendet av en överenskommelse, som det i det nationella målet, mellan en lagstadgad sjukkassa och en ekonomisk aktör anses vara ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktiv 2004/18, när parterna där bestämmer ersättningen för de olika prestationer som den ekonomiska aktören förväntas tillhandahålla samt överenskommelsens giltighetstid, och nämnda aktör förpliktar sig att tillhandahålla de prestationer som de försäkrade efterfrågar medan sjukkassan, å sin sida, ska betala hela ersättningen för dessa prestationer till denna aktör.

Rättegångskostnader

77 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (fjärde avdelningen) följande:

1) Artikel 1.9 andra stycket c första fallet i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska tolkas så, att de offentliga sjukkassornas verksamhet till största delen är statligt

finansierad när finansieringen huvudsakligen består av avgifter från de försäkrade, vilka åläggs, beräknas och uppbärs enligt offentligrättsliga bestämmelser som dem i det nationella målet. Sådana sjukkassor ska betraktas som offentligrättsliga organ och därmed som upphandlande myndigheter vid tillämpningen av bestämmelserna i nämnda direktiv.

2) **När ett blandat kontrakt avser både varor och tjänster, är det tillämpliga kriteriet för om det är ett varukontrakt eller ett tjänstekontrakt det respektive värdet av de ingående varorna och tjänsterna. Vid tillhandahållande av varor som tillverkats och anpassats individuellt utifrån varje kunds behov och som varje kund behöver få individuella råd om användningen av, ska tillverkningen av dessa varor föras till ”varudelen” av kontraktet vid beräkningen av värdet av respektive beståndsdel.**

3) **I det fallet att tillhandahållandet av tjänster visar sig vara en större del av ett kontrakt än leveransen av varor, ska ingåendet av en överenskommelse, som det i det nationella målet, mellan en lagstadgad sjukkassa och en ekonomisk aktör anses vara ett ramavtal i den mening som avses i artikel 1.5 i direktiv 2004/18, när parterna där bestämmer ersättningen för de olika prestationer som den ekonomiska aktören förväntas tillhandahålla samt överenskommelsens giltighetstid, och nämnda aktör förpliktar sig att tillhandahålla de prestationer som de försäkrade efterfrågar medan sjukkassan, å sin sida, ska betala hela ersättningen för dessa prestationer till denna aktör.**

Underskrifter