WYROK TRYBUNAŁU (czwarta izba)

z dnia 11 czerwca 2009 r. *

W sprawie C-300/07

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Düsseldorf (Niemcy) postanowieniem z dnia 23 maja 2007 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 27 czerwca 2007 r., w postępowaniu:

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik

przeciwko

AOK Rheinland/Hamburg,

TRYBUNAŁ (czwarta izba),

w składzie: K. Lenaerts, prezes izby, T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (sprawozdawca) i G. Arestis, sędziowie,

* Język postępowania: niemiecki.

rzecznik generalny: J. Mazák,
sekretarz: C. Strömholm, administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 19 czerwca 2008 r.,

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik przez H. Glahs oraz U. Karpensteina, Rechtsanwälte,

— w imieniu AOK Rheinland/Hamburg przez A. Neuna, Rechtsanwalt,

— w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich przez G. Wilmsa oraz D. Kukovca, działających w charakterze pełnomocników,

po zapoznaniu się z opinią rzecznika generalnego na posiedzeniu w dniu 16 grudnia 2008 r.,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 2 lit. c) i d) oraz ust. 4, 5 i 9 akapit drugi lit. c) przypadki pierwszy i drugi dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. L 134, s. 114).

2 Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu pomiędzy Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik a AOK Rheinland/Hamburg w przedmiocie kwestii, czy po pierwsze niemieckie powszechne kasy chorych są instytucjami zamawiającymi dla celów zastosowania reguł dyrektywy 2004/18, po drugie, czy udostępnienie przez wyspecjalizowanych szewców, w następstwie umowy zawartej z powszechną kasą chorych, obuwia ortopedycznego konfekcjonowanego i dostosowanego do indywidualnych potrzeb pacjentów, w powiązaniu ze szczegółowymi poradami udzielanymi pacjentom przed udostępnieniem i po udostępnieniu obuwia, należy uznać za rynek dostaw, czy za rynek usług, i po trzecie, w przypadku gdy rzeczone udostępnienie obuwia ortopedycznego należałoby uznać za świadczenie usług, czy chodzi w danym przypadku o „koncesję na usługi", czy o „umowę ramową" w rozumieniu dyrektywy 2004/18.

Ramy prawne

Uregulowania wspólnotowe

3 Artykuł 1 dyrektywy 2004/18 zatytułowany „Definicje” stanowi:

„[…]

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

[…]

c) »Zamówienia publiczne na dostawy« oznaczają zamówienia publiczne, inne niż określone w lit. b), których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji wykupu, produktów.

[…]

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

Zamówienie publiczne, którego przedmiotem są zarówno produkty, jak i usługi wskazane w załączniku II, uznaje się za »zamówienie publiczne na usługi«, jeżeli wartość tych usług przekracza wartość produktów objętych zamówieniem.

Zamówienie publiczne, którego przedmiotem są usługi w rozumieniu załącznika II i [które] obejmuje działalności wskazane w załączniku I, które mają jedynie dodatkowy charakter w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia, uznaje się za »zamówienie publiczne na usługi«.

4. »Koncesja na usługi« oznacza umowę tego samego rodzaju co zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

5. »Umowa ramowa« oznacza umowę zawartą pomiędzy jedną instytucją lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym wykonawcą lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości.

[…]".

4 Artykuł 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„»Instytucje zamawiające« oznaczają państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego, związki złożone z jednej jednostki lub wielu takich jednostek lub z jednego podmiotu lub wielu podmiotów prawa publicznego.

»Podmiot prawa publicznego« oznacza każdy podmiot:

a) ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;

b) posiadający osobowość prawną; oraz

c) finansowany w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego; albo taki, którego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów; albo taki, w którym ponad połowa członków organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Niewyczerpujące wykazy podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego spełniających kryteria wymienione w lit. a), b) i c) akapitu drugiego zostały wskazane w załączniku III. Państwa członkowskie okresowo powiadamiają Komisję o wszelkich zmianach w swoich wykazach”.

5 Załącznik III do tej dyrektywy w dziale II, zatytułowanym „Niemcy", ust. 1 „Kategorie" pkt 1.1 „Instytucje" akapit czwarty wskazuje „Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) [instytucje ubezpieczenia społecznego: fundusze ubezpieczenia zdrowotnego, wypadkowego i emerytalnego]".

6 Artykuł 21 rzeczonej dyrektywy stanowi:

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

7 W załączniku II B, kategorii 25 tej dyrektywy ujęte są „Usługi socjalne i sanitarne".

8 Zgodnie z art. 22 dyrektywy 2004/18:

„W przypadku gdy wartość usług uwzględnionych w załączniku II A jest większa niż wartość usług uwzględnionych w załączniku II B, zamówień, których przedmiotem są usługi wymienione zarówno w załączniku II A, jak i załączniku II B, udziela się w sposób zgodny z przepisami art. 23–55. W pozostałych przypadkach zamówień udziela się zgodnie z art. 23 i art. 35 ust. 4".

9 Artykuł 32 ust. 2 tej dyrektywy stanowi:

„W celu zawarcia umowy ramowej instytucje zamawiające przestrzegają reguł proceduralnych, o których mowa w niniejszej dyrektywie […]”.

10 Artykuł 79 tej dyrektywy zatytułowany „Zmiany” stanowi:

„Zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 77 ust. 2, Komisja może dokonać zmian w:

[…]

d) wykazach instytucji oraz kategorii instytucji prawa publicznego uwzględnionych w załączniku III, gdy okażą się one konieczne, w związku z zawiadomieniami uzyskanymi od państw członkowskich;

[…]”.

11 Wreszcie art. 1 ust. 4 dyrektywy 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 maja 1999 r. w sprawie niektórych aspektów sprzedaży towarów konsumpcyjnych i związanych z tym gwarancji (Dz.U. L 171, s. 12) stanowi:

„Umowy na dostawę towarów konsumpcyjnych, które mają być wytworzone czy wyprodukowane, do celów niniejszej dyrektywy uważane będą za umowę sprzedaży".

Uregulowania krajowe

12 Prezentacja niniejszej syntezy przepisów krajowych mających zastosowanie wynika z informacji zawartych w aktach sprawy, przedstawionych Trybunałowi, a w szczególności z postanowienia odsyłającego.

13 Niemiecki system zdrowia publicznego oraz organizacji i finansowania powszechnych kas chorych w tym państwie jest uregulowany w częściach IV i V kodeksu ubezpieczeń społecznych (zwanych dalej odpowiednio „SGB IV" i „SGB V"). Zadanie powierzone przez ustawodawcę powszechnym kasom ubezpieczenia zdrowotnego jest następująco zdefiniowane w § 1 ust. 1 SGB V:

„Zadaniem ubezpieczeń zdrowotnych, jako wspólnot opartych na solidarności, jest utrzymanie, przywracanie i poprawa zdrowia osób ubezpieczonych".

14 Z § 4 ust. 1 SGB V wynika, że powszechne kasy ubezpieczenia zdrowotnego są osobami prawa publicznego posiadającymi osobowość prawną i prawo samoregulacji. Zostały utworzone na podstawie §§ 1 i 3 SGB V. W świetle wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym znaczna część społeczności niemieckiej (ok. 90%) jest obowiązkowo ubezpieczona na mocy ustawy w powszechnych kasach ubezpieczenia zdrowotnego. Osoby podlegające reżimowi obowiązkowego ubezpieczenia mogą wybrać kasę, w której chcą być ubezpieczone, lecz nie mogą wybierać pomiędzy kasami powszechnymi i prywatnymi.

15 Przepisy w zakresie finansowania powszechnych kas ubezpieczenia zdrowotnego są zawarte w § 20–28 SGB IV oraz § 3 i 220 i nast. SGB V. Finansowanie to jest zapewnione poprzez obowiązkowe składki członków, bezpośrednie wpłaty państwa federalnego i wpłaty wyrównawcze wynikające z reżimu kompensacji finansowej pomiędzy kasami powszechnymi i zrównoważenia ryzyk między nimi.

16 W świetle wniosku o wydanie orzeczenia prejudycjalnego obowiązkowe składki ubezpieczonych oraz ich część ponoszona przez ich pracodawców stanowią przeważającą część finansowania powszechnych kas ubezpieczenia zdrowotnego. Kwota składek odpowiada dochodowi, to jest zdolności do ich ponoszenia przez ubezpieczonego. Pozostałe elementy, takie jak wiek ubezpieczonego, jego stan zdrowia lub ilość współubezpieczonych nie mają znaczenia w tym zakresie. W praktyce część składek ponoszonych przez ubezpieczonego jest odprowadzana z jego pensji przez pracodawcę i wpłacana kasie chorych z częścią składki obciążającą pracodawcę. Są to obowiązki prawa publicznego i pokrycie składek ma charakter przymusowy na podstawie przepisów prawa publicznego.

17 Stawka składek nie jest ustalana przez państwo, lecz przez powszechne kasy ubezpieczenia zdrowotnego. Zgodnie z przepisami mającymi zastosowanie kasy obliczają składki w taki sposób, by w połączeniu z innymi zasobami, pozwalały one

na pokrycie wydatków przewidzianych przepisami prawa i gwarantowały dostępność przewidzianych przez prawo środków i rezerw. Ustalenie stawki składek wymaga zezwolenia publicznych władz odpowiedzialnych za ochronę każdej z kas. W świetle wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wysokość składek jest w pewnym zakresie narzucona przez przepisy prawa, gdyż musi zostać ustalona w taki sposób, by dochody z nich nie były niższe ani wyższe od wydatków. Ponieważ zgodnie z niemieckim reżimem ochrony zdrowia publicznego usługi podlegające świadczeniu są w znacznej mierze określone przepisami prawa, dana kasa chorych nie ma praktycznie bezpośredniego wpływu na wysokość swych wydatków.

18 W celu utrzymania stawek składek ubezpieczonych na tym samym poziomie §§ 266–268 SGB V przewidują, na bazie rocznej, płatności wyrównawcze pomiędzy wszystkimi powszechnymi kasami chorych wynikające ze zrównoważenia ryzyka. W świetle uwag sądu krajowego istnieje w tym zakresie obowiązek wzajemnej solidarności pomiędzy kasami, z których każda ma prawo lub obowiązek wyrównania w pewnej wysokości.

19 Powszechne kasy chorych, które w świetle § 4 ust. 1 SGB V posiadają uprawnienia w zakresie samozarządzania, są poddane kontroli państwa. W świetle postanowienia o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym kontrola ta nie ogranicza się tylko do zwykłej kontroli zgodności z prawem dokonywanej a posteriori.

20 Pewne środki podejmowane przez powszechne kasy chorych, takie jak zmiana ich statutów, ustalenie stawek składek, budowa lub nabycie terenów oraz uzyskanie oprogramowania informatycznego, wymagają zgody władz ds. ochrony, jak wynika z § 195 ust. 1 oraz § 220 ust. 2 i § 241 SGB V. Władze ds. ochrony są zobowiązane do weryfikacji, co najmniej raz na pięć lat, sposobu zarządu gospodarczego, księgowego i operacyjnego powszechnych kas chorych podlegających ich kontroli. Kontrola ta,

obejmująca w szczególności dochodowość działalności rzeczonych kas, może być przeprowadzana częściej (§ 69 ust. 2 i § 88 ust. 1 SGB IV oraz § 274 ust. 1 SGB V). W ramach tych kontroli § 88 ust. 2 SGB IV stanowi, że kasy są zobowiązane przekazywać władzom ds. ochrony wszystkie niezbędne dokumenty i informacje. Ponadto § 37 i § 89 ust. 3 SGB IV stanowią, że jeśli organ samozarządzający rzeczonych kas odmawia zapewnienia wykonania zadań, które ma obowiązek wypełnić, zadania te są przejmowane przez ww. władze ds. ochrony.

21 Wreszcie tymczasowy budżet każdej powszechnej kasy chorych musi zostać przedstawiony w terminie właściwej władzy ds. ochrony (§ 70 ust. 5 SGB IV) i ta ostatnia może dokonać połączenia niewypłacalnych kas z innymi kasami lub ich zamknięcia (§ 146a, § 153 zdanie pierwsze pkt 3, § 156, § 163 zdanie pierwsze pkt 3, § 167 zdanie drugie, i § 170 SGB V).

22 Jako że w ramach omawianego systemu ubezpieczony posiada w stosunku do powszechnej kasy chorych, której jest członkiem, nie prawo do zwrotu kosztów, lecz prawo do bezpłatnego udostępnienia odpowiednich świadczeń (§ 2 ust. 2 SGB V), w świetle zasady świadczeń w naturze powszechne kasy chorych powinny zawrzeć z różnymi usługodawcami wielosektorowe lub interdyscyplinarne umowy. Te „integralne umowy o świadczenie usług", o których mowa w §§ 140a–140e SGB V, są zawierane pomiędzy powszechnymi kasami chorych a różnymi usługodawcami dopuszczonymi do świadczenia usług na rzecz ubezpieczonych. Określają one wynagrodzenie za różne formuły integralnego świadczenia usług, które przewidują

wynagrodzenie za ogół świadczeń na rzecz ubezpieczonych w ramach danego pakietu usług. Powszechna kasa chorych jest stroną integralnej umowy o świadczenie usług i dłużnikiem w zakresie wynagrodzenia usługodawcy. Uczestnictwo ubezpieczonych w różnych pakietach integralnych usług jest dobrowolne, lecz jeśli ubezpieczony wybiera taką formułę, jest on zobowiązany do korzystania ze świadczeń usługodawców, z którymi właściwa publiczna kasa chorych zawarła taką umowę.

23 Podczas postępowania przed Trybunałem wspomniano też dwa wyroki Bundesverfassungsgericht w związku z misją powszechnych kas chorych w Niemczech.

24 W swym wyroku z dnia 9 czerwca 2004 r. (2 BvR 1248/03 i 2 BvR 1249/03) Bundesverfassungsgericht stwierdził, co następuje:

„Prawo ubezpieczeń społecznych jest jednym z najważniejszych instrumentów polityki społecznej państwa. W ramach porządku prawa socjalnego ustanowionego w ustawie podstawowej (Grundgesetz) ochrona w razie choroby jest jednym z podstawowych zadań państwa. Ustawodawca przyjął je, zapewniając ochronę jak największej części społeczeństwa przez wprowadzenie ubezpieczenia zdrowotnego, obowiązkowego ubezpieczenia w ramach prawa publicznego i regulując sposoby świadczenia tej ochrony. Główne zadanie powszechnych kas chorych polega na wykonywaniu szczegółowego ustawodawstwa socjalnego przyjętego dla realizacji tego podstawowego zadania państwa".

25 Wreszcie w swym wyroku z dnia 31 stycznia 2008 r. (1 BvR 2156/02) Bundesverfassungsgericht orzekł, że powszechne kasy chorych są organizacjami prawa publicznego zintegrowanymi z państwem oraz że wykonują pośrednio misję administracji państwowej.

Postępowanie przed sądem krajowym i pytania prejudycjalne

26 Ogłoszeniem publicznym z czerwca 2006 r. opublikowanym w przeglądzie specjalistycznym AOK Rheinland/Hamburg, powszechna kasa chorych, zaprosiła podmioty świadczące szewskie usługi ortopedyczne do składania ofert w zakresie konfekcjonowania i dostawy obuwia w ramach reżimu integralnego świadczenia usług, o którym mowa w §§ 140a i nast. SGB V, w okresie od dnia 1 września do 31 grudnia 2006 r. Podlegające świadczeniu usługi zostały sklasyfikowane według ich znaczenia w różnych kategoriach taryfowych, dla których usługodawca powinien był wskazać ceny.

27 Ilość obuwia, którą należało dostarczyć, nie została wskazana. Przewidziano, że pacjenci cierpiący na syndrom „stopy diabetycznej", posiadający kartę ubezpieczenia zdrowotnego i receptę powinni zwrócić się bezpośrednio do mistrza szewskiego-ortopedy. Jego zadaniem jest konfekcjonowanie i kontrola obuwia ortopedycznego dostosowanego do indywidualnych potrzeb pacjentów, przy czym szczegółowe porady powinny być udzielane przed dostarczeniem i po dostarczeniu obuwia. Z wyjątkiem dodatków należnych od klientów, płatność jest dokonywana przez kasy chorych.

28 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, szewski zakład ortopedyczny, przedstawił ofertę i dwa dni później wskazał na naruszenie przepisów wspólnotowych i krajowych w zakresie zamówień publicznych. Zarzuty te zostały odrzucone przez kasę chorych z tego względu, że przepisy prawa o zamówieniach publicznych nie miały zastosowania w tym przypadku. Ponieważ skarga zakładu szewskiego nie została uwzględniona w pierwszej instancji, wystąpił on do izby odwoławczej ds. zamówień publicznych Oberlandesgericht Düsseldorf.

29 Sąd ten stwierdza w pierwszej kolejności, że doktryna i orzecznictwo stoją w Niemczech na odrębnych stanowiskach w kwestii, czy publiczne kasy chorych, choć wspomniane w załączniku III do dyrektywy 2004/18, powinny być uważane za podmioty prawa publicznego, i wobec tego za instytucje zamawiające w rozumieniu tej dyrektywy. Z tego względu przedstawił on swoje stanowisko w przedmiocie różnych przesłanek wskazanych w tym zakresie w art. 1 ust. 9 akapit drugi rzeczonej dyrektywy.

30 Co się tyczy przesłanek wskazanych w tym przepisie w lit. a) i b), sąd krajowy uważa, że zostały one spełnione w zakresie, w jakim osoby prawne prawa publicznego utworzone są w celu zaspokajania szczególnych potrzeb w zakresie zachowania, przywrócenia i poprawy stanu zdrowia ubezpieczonych, to jest w interesie ogólnym. Ponadto potrzeby te nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, gdyż powszechne kasy chorych nie prowadzą działalności handlowej i świadczą swe usługi w celu niezarobkowym.

31 Dalsze rozważania powinny zatem dotyczyć przesłanek wskazanych w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18.

32 Co się tyczy pierwszej przesłanki „finansowany w przeważającej części przez państwo", sąd krajowy odsyła do charakterystyki omawianego systemu krajowego wskazanej w pkt 13–18 niniejszego wyroku.

33 Co się tyczy przesłanki w zakresie „nadzor[u] ze strony tych podmiotów [prawa publicznego]", sąd krajowy odsyła do istotnych elementów systemu, wynikających z pkt 19 i 20 niniejszego wyroku.

34 W razie gdyby należało stwierdzić, że powszechne kasy chorych są instytucjami zamawiającymi, w drugiej kolejności powstaje pytanie, czy rozpatrywane w postępowaniu głównym zamówienie należy traktować jako zamówienie na dostawy, czy zamówienie na usługi. Sąd krajowy stwierdza w tym zakresie, że art. 1 ust. 2 lit. d) akapit drugi dyrektywy 2004/18 przewiduje jako kryterium takiej oceny wartość rozpatrywanych usług lub produktów. Na podstawie tego kryterium istotne jest ustalenie zdaniem sądu krajowego, jakie miejsce zajmuje konfekcjonowanie omawianego obuwia w ramach całości świadczenia obejmującego zakup materiałów, konfekcjonowanie, porady i informowanie klientów.

35 Jeśli indywidualne konfekcjonowanie przedmiotowego obuwia należałoby uznać za stanowiące część dostawy produktów, sąd krajowy uważa, że wartość dostawy tego obuwia byłaby większa od wartości usług. Jeśli natomiast wartość dostawy wyrażałaby się jedynie w podstawowych materiałach, wartość usług przekraczałaby wartość dostawy. Stwierdza on, że za pierwszym stanowiskiem zdaje się przemawiać art. 1 ust. 4 dyrektywy 1999/44, który utożsamia „umowy na dostawę towarów konsumpcyjnych, które mają być wytworzone czy wyprodukowane" z umowami sprzedaży i to niezależnie od okoliczności, czy chodzi o dobra standardowe, czy dostosowane indywidualnie do zamówienia, to jest dobra niesubstytutywne. Można jednakże wywieść z orzecznictwa Trybunału, że aspekty jakościowe grają również rolę w tym kontekście (zob. wyrok z dnia 18 stycznia 2007 r. w sprawie C-220/05 Auroux i in., Zb.Orz. s. I-385, pkt 46). W tym zakresie należy uwzględnić okoliczność, że porady na rzecz pacjentów nie ograniczają się do wyboru i wykorzystania produktu.

36 Sąd krajowy podkreśla, że ograniczenie to jest istotne, gdyż klasyfikacja omawianego zamówienia jako zamówienia na dostawy prowadziłaby do pełnego zastosowania przepisów dyrektywy 2004/18.

37 W razie gdyby rozpatrywanego w postępowaniu głównym zamówienia nie należało rozpatrywać jako zamówienia na dostawy, sąd krajowy zastanawia się w trzeciej kolejności, czy zamówienie to należałoby rozpatrywać jako koncesję usług. W tym ostatnim przypadku dyrektywa 2004/18 nie ma zastosowania, jak wynika z jej art. 17. Zdaniem sądu pierwszej instancji ta ostatnia hipoteza powinna zostać na wstępie wykluczona ze względu na okoliczność, że to kasa chorych, a nie pacjent, opłaca wynagrodzenie za świadczenie. Jednakże zdaniem sądu krajowego należy również przewidzieć kryterium ustalenia tego, kto ponosi ryzyko finansowe. W tym zakresie należy stwierdzić po pierwsze, że usługodawca jest zwolniony z ryzyka związanego z odzyskaniem wierzytelności i niewypłacalnością dłużników w związku z okolicznością, że to kasa chorych a nie pacjent opłaca świadczenie. Jednakże po drugie usługodawca ponosi ryzyko, że jego produkty i usługi nie będą zamawiane przez pacjentów. Okoliczność ta odróżnia ponadto rozpatrywany przypadek od normalnej umowy ramowej. Zdaniem sądu krajowego decydującym punktem dla celów kwalifikacji przedmiotowego zamówienia jako koncesji usług jest okoliczność, że usługodawca nie musiał ponosić znacznych kosztów, takich jak koszty związane z konstrukcją pomieszczeń lub koszty personelu i aparatury, które muszą zostać następnie zamortyzowane przez „prawa do wykonywania za wynagrodzeniem swych usług" (wyrok z dnia 7 grudnia 2000 r. w sprawie C-324/98 Telaustria i Telefonadress, Rec. s. I-10745, pkt 30).

38 W ostatniej kolejności sąd krajowy stwierdza, że jeśli omawiane zamówienie miałoby być uważane za zamówienie na usługi, prowadziłoby to, ze względu na jego charakter usług sanitarnych, na mocy art. 21 i załącznika II B, kategoria 25 dyrektywy 2004/18, wyłącznie do zastosowania art. 23 i art. 35 ust. 4 tej dyrektywy, oraz że naruszenie tych przepisów byłoby w niniejszej sprawie na wstępie wykluczone. Jednakże taka kwalifikacja prowadziłaby do zastosowania pewnych przepisów prawa krajowego, które również wykorzystują pojęcie „zamówienia na usługi" i na podstawie których skarżąca w postępowaniu przed sądem krajowym wygrałaby w części sprawę.

39 Z tych względów Oberlandesgericht Düsseldorf postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1 a) Czy wymóg »finansowania przez państwo« wskazany w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadek pierwszy dyrektywy [2004/18] należy rozumieć w ten sposób, że państwo wprowadza obowiązkowe ubezpieczenie zdrowotne i obowiązek członkostwa i opłacania w danej kasie chorych składek w wysokości uzależnionej od dochodów, przy czym kasa chorych określa wysokość składki, a kasy chorych są powiązane ze sobą systemem solidarnego finansowania przedstawionym dokładniej w uzasadnieniu i zabezpieczającym wykonanie zobowiązań przez każdą z kas chorych?

b) Czy wymóg w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadek drugi dyrektywy [2004/18], polegający na tym, że zarząd danego podmiotu »podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów«, należy rozumieć w ten sposób, że w wystarczającym zakresie spełnia je państwowy nadzór prawny, dotyczący zarówno bieżącej, jak i przyszłej działalności — ewentualnie wraz z innymi możliwościami interwencji państwa przedstawionymi w uzasadnieniu?

2) Czy w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej na lit. a) lub b) pierwszego pytania prejudycjalnego art. 1 ust. 2 lit. c) i d) dyrektywy [2004/18] należy rozumieć w ten sposób, że udostępnienie produktów wytworzonych i dopasowanych do indywidualnych potrzeb danego klienta oraz indywidualne porady dla klienta dotyczące wykorzystania tych produktów należy uznać za »zamówienia na dostawy«, czy też za »zamówienia na usługi«? Czy należy przy tym kierować się tylko wartością tych usług?

3) Czy w przypadku gdy udostępnienie produktów, o którym mowa w pytaniu drugim, należałoby lub można by uznać za »usługę«, art. 1 ust. 4 dyrektywy —

w odróżnieniu od umowy ramowej w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy — należy rozumieć w ten sposób, że za »koncesję na usługi« należy uznać także udzielenie zamówienia w formie, w której:

— decyzję o tym, czy i w jakich przypadkach następuje każdorazowo udzielenie zamówienia wykonawcy, podejmują osoby trzecie, a nie zamawiający,

— płatności na rzecz wykonawcy dokonuje zamawiający, ponieważ tylko ten ostatni jest z mocy ustawy jedynym dłużnikiem z tytułu wynagrodzenia, pozostając wobec osób trzecich zobowiązanym do wykonania usługi, i

— wykonawca nie musi wykonywać ani prowadzić żadnego rodzaju usług przed wystąpieniem o to przez osobę trzecią?".

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

40 W swym pierwszym pytaniu sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, czy powszechne kasy chorych, takie jak w postępowaniu przed sądem krajowym, należy uznać, w świetle ich charakterystyki wskazanej w postanowieniu odsyłającym, za instytucje zamawiające, dla celów zastosowania reguł dyrektywy 2004/18.

41 W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie należy najpierw zbadać wstępną kwestię wynikającą z uzasadnienia postanowienia odsyłającego oraz problematykę przedstawioną w nim przez sąd krajowy, to jest okoliczność, czy rozpatrywane w postępowaniu

przed sądem krajowym powszechne kasy chorych są wyraźnie wskazane w załączniku III do dyrektywy 2004/18, jest wystarczająca, by uznać je, tylko z tego powodu, za podmioty prawa publicznego, a zatem instytucje zamawiające.

42 Skarżąca w postępowaniu głównym oraz Komisja Wspólnot Europejskich podnoszą w tym zakresie, że wyłącznie wpisanie jednostki do załącznika III do dyrektywy 2004/18 stanowi wystarczającą przesłankę dla celów kwalifikacji tej jednostki jako podmiotu prawa publicznego. Wpis taki stanowi niewzruszalne domniemanie takiej kwalifikacji, która czyni zbędną dodatkowe badanie natury i charakterystyki rzeczonej jednostki.

43 Nie można zgodzić się z tym stanowiskiem.

44 Z art. 234 akapit pierwszy lit. b) WE wynika bowiem, że sąd krajowy może, w każdej chwili, zwrócić się do Trybunału z pytaniem w przedmiocie ważności aktu podjętego przez instytucje Wspólnoty Europejskiej, jeśli uważa, że decyzja Trybunału w tym zakresie jest niezbędna dla wydania przezeń orzeczenia.

45 Należy w tym zakresie podkreślić, że przedmiotowe uregulowanie wspólnotowe, to jest dyrektywa 2004/18, zawiera zarówno przepisy podstawowe, takie jak art. 1 ust. 9 akapit drugi, który wskazuje przesłanki, jakie podmiot musi spełniać, by móc zostać uznanym za instytucję zamawiającą w rozumieniu tej dyrektywy, i środki wykonania tych przepisów podstawowych, takie jak wpisanie do załącznika III niewyczerpującej listy podmiotów publicznych spełniających te przesłanki. W takim kontekście do sądu wspólnotowego należy — gdy przedstawiony mu zostanie uzasadniony wniosek sądu krajowego — zapewnienie wewnętrznej spójności rozpatrywanego aktu wspólnotowego, weryfikując, czy wpis danego podmiotu na rzeczoną listę stanowi prawidłowe zastosowanie kryteriów materialnoprawnych wskazanych w rzeczonym przepisie. Ta interwencja Trybunału jest wymagana w świetle pewności prawa, która stanowi zasadę ogólną prawa wspólnotowego.

46 W niniejszej sprawie sąd krajowy podnosi, choć nie expressis verbis, kwestię ważności wpisu omawianych publicznych kas chorych do załącznika III do dyrektywy 2004/18. Wskazuje on na rozbieżności pomiędzy orzecznictwem i doktryną w Niemczech w kwestii, czy wpis ten stanowi wystarczającą i wyłączną przesłankę dla celów kwalifikacji tych kas jako podmiotów prawa publicznego, i wyraźnie przedstawia swe wątpliwości w tym zakresie. Z tych względów formułuje pierwsze pytanie pod kątem przesłanek materialnoprawnych, o których mowa w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18.

47 W konsekwencji sąd krajowy zapytuje Trybunał o ważność wpisu podmiotu występującego w postępowaniu przed nim do załącznika III do dyrektywy 2004/18 w świetle przesłanek materialnoprawnych wskazanych w tym przepisie.

48 W celu przedstawienia odpowiedzi na to pytanie należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału trzy przesłanki wskazane w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a), b) i c) dyrektywy 2004/18, które powinny zostać spełnione, by jednostka mogła zostać uznana za podmiot prawa publicznego, mają charakter kumulatywny (wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 Ing. Aigner, Zb.Orz. s. I-2339, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo).

49 Jak wynika z postanowienia odsyłającego, przesłanki wskazane w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. a) i b) dyrektywy 2004/18 są spełnione w niniejszej sprawie. Rozpatrywane powszechne kasy chorych są bowiem osobami prawnymi prawa publicznego, zostały utworzone na mocy przepisów prawa w celu zaspokojenia szczególnych potrzeb związanych ze zdrowiem publicznym, które są potrzebami interesu ogólnego, a potrzeby te mają charakter inny niż przemysłowy lub handlowy, w zakresie w jakim są świadczone przez rzeczone kasy w celu innym niż zarobkowy. Pozostaje zatem zbadanie, czy przynajmniej jedna z alternatywnych przesłanek przewidzianych w trzech

hipotezach art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) tej dyrektywy jest spełniona w niniejszej dyrektywie, a w pierwszej kolejności przesłanka w zakresie „finansowan[ia] w przeważającej części przez państwo".

50 W zakresie tej przesłanki należy na wstępie przypomnieć, że jak wynika z omawianego systemu krajowego i cytowanych w pkt 24 i 25 niniejszego wyroku orzeczeń Bundesverfassungsgericht, ochrona zdrowia publicznego jest podstawowym zadaniem państwa, a powszechne kasy chorych są częścią państwa i wykonują w istocie, pośrednio, misję administracyjną państwa.

51 Następnie należy wskazać, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału brzmienie art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadek pierwszy dyrektywy 2004/18 nie zawiera żadnego wskazania co do sposobów dokonywania finansowania, o którym mowa w tym przepisie. Zatem w szczególności przepis ten nie wymaga, by działalność omawianych podmiotów była finansowana bezpośrednio przez państwo lub inną jednostkę publiczną w celu spełnienia tej przesłanki. Pośredni sposób finansowania jest zatem wystarczający w tym zakresie (zob. podobnie wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in., Zb.Orz. s. I-11173, pkt 34, 49).

52 Należy stwierdzić w pierwszej kolejności, że finansowanie powszechnych kas chorych, będące przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, jest zapewnione zgodnie z istotnym uregulowaniem krajowym, przez składki członków, bezpośrednie wpłaty władz federalnych i płatności wyrównawcze pomiędzy kasami wynikające z reżimu wyrównywania ryzyka pomiędzy nimi. Obowiązkowe składki ubezpieczonych stanowią przeważającą część finansowania tych kas.

53 W drugiej kolejności z postanowienia odsyłającego wynika również, że składki członków są przekazywane bez konkretnego świadczenia wzajemnego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału (zob. podobnie ww. wyrok z dnia 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98 University of Cambridge, Rec. s. I-8035, pkt 23–25). Żadne

umowne świadczenie wzajemne nie jest bowiem związane z tym przekazywaniem środków, ponieważ ani zobowiązanie do uiszczenia składek, ani ich kwota nie wynikają z umowy pomiędzy powszechnymi kasami chorych i ich członkami. Ci ostatni są bowiem zobowiązani do uiszczania składki jedynie w związku z ich członkostwem, do którego również są zobowiązani na mocy przepisów prawa (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., pkt 45). Ponadto kwota składek jest wyłącznie funkcją zdolności każdego ubezpieczonego do ich ponoszenia, przy czym inne elementy, takie jak stan zdrowia lub ilość wspólnie ubezpieczonych, są bez znaczenia w tym zakresie.

54 W trzeciej kolejności sąd krajowy stwierdza, że odmiennie niż w przypadku opłaty, o której mowa w ww. wyroku w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., stawka składek nie jest ustalona w niniejszej sprawie przez władze publiczne, lecz przez same publiczne kasy chorych. Jednakże słusznie wskazuje on, że margines swobodnego uznania tych kas jest niezwykle ograniczony, w zakresie w jakim ich misją jest zapewnienie świadczeń przewidzianych w regulacji w zakresie ubezpieczeń społecznych. Zatem wobec okoliczności, że świadczenia i związane z nimi wydatki są przewidziane przepisami prawa oraz że rzeczone kasy nie wykonują ich funkcji w celu zarobkowym, stawka składek jest ustalana w taki sposób, że wynikające z nich wpływy nie są ani wyższe, ani niższe od wydatków.

55 W czwartej kolejności należy podkreślić, że ustalenie stawki składek przez publiczne kasy chorych wymaga w każdym razie zgody publicznych organów ds. ochrony każdej z nich. Zatem rzeczona stawka jest w świetle sformułowań sądu krajowego w pewnym zakresie narzucona przez prawo. Co się tyczy wreszcie innych źródeł przychodów tych kas, bezpośrednie wpłaty władz federalnych, choć o niewielkim znaczeniu, stanowią niewątpliwie bezpośrednie finansowanie przez państwo.

56 Wreszcie co się tyczy sposobów poboru składek, z postanowienia odsyłającego wynika, że w praktyce część należna od ubezpieczonego jest pobierana z jego wynagrodzenia przez jego pracodawcę i wpłacana właściwej publicznej kasie chorych wraz z częścią

składki obciążającą pracodawcę. Pobranie składki dokonywane jest zatem bez żadnej możliwości interwencji ze strony ubezpieczonego. Sąd krajowy stwierdza w tym zakresie, że pobranie składek jest dokonywane w sposób przymusowy, na podstawie przepisów prawa publicznego.

57 Należy w związku z tym stwierdzić, zgodnie z wnioskami Trybunału w pkt 48 w ww. wyroku w sprawie Bayerischer Rundfunk i in., że finansowanie takie, jakie ma miejsce w sprawie przed sądem krajowym, wynikające z aktu prawa publicznego, w praktyce jest gwarantowane przez państwo i zapewniane poprzez mechanizm poboru składek wynikający z przepisów prawa publicznego, spełnia przesłankę „finansowania przez państwo" w kontekście zastosowania przepisów wspólnotowych z dziedziny udzielania zamówień publicznych.

58 W świetle tego wniosku i alternatywnego charakteru przesłanek wskazanych w art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) dyrektywy 2004/18 nie ma potrzeby badania, czy przesłanka w zakresie nadzoru nad zarządzaniem powszechnymi kasami chorych przez władze publiczne jest spełniona w niniejszej sprawie.

59 Na pierwsze pytanie należy w związku z tym odpowiedzieć, że art. 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadek pierwszy dyrektywy 2004/18 powinien być interpretowany w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas, gdy działalność powszechnych kas chorych jest finansowana zasadniczo ze składek obciążających członków, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad prawa publicznego takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym. Takie powszechne kasy chorych muszą być uznane za podmioty prawa publicznego, a zatem instytucje zamawiające dla celów stosowania reguł tej dyrektywy.

W przedmiocie pytania drugiego

60 Pytaniem tym sąd krajowy dąży zasadniczo do ustalenia, jakie kryterium należy zastosować w celu stwierdzenia, czy mieszane zamówienie publiczne, którego przedmiotem jest jednocześnie dostawa produktów i świadczenie usług, należy uważać za zamówienie na dostawy lub zamówienie na usługi, i czy kryterium mającym zastosowanie w tym zakresie jest wyłącznie wartość różnych części będących składnikami rozpatrywanego zamówienia mieszanego. Jednakże z postanowienia odsyłającego wynika, że sąd krajowy zapytuje również, czy w przypadku udostępnienia towarów, które są wytwarzane i dostosowane do indywidualnych potrzeb każdego klienta i w przedmiocie użytkowania których każdemu klientowi należy udzielić indywidualnych porad, konfekcjonowanie rzeczonych towarów należy zaszeregować w części „dostawy" czy w części „usługi" tego zamówienia, w celu obliczenia wartości każdego jego składnika.

61 By odpowiedzieć na to pytanie, należy stwierdzić na wstępie, że gdy przedmiotem zamówienia jest równocześnie dostawa produktów i świadczenie usług, dyrektywa 2004/18 zawiera w swym art. 1 ust. 2 lit. d) akapit drugi szczególną regułę określającą kryterium ograniczające, by omawiane zamówienie mogło zostać uznane za zamówienie na dostawy lub zamówienie na usługi, to jest wartość produktów i usług zawartych w zamówieniu. Kryterium to ma charakter ilościowy, tj. odsyła konkretnie do wartości świadczenia wzajemnego należnego jako wynagrodzenie składnika „produkty" i „usługi" zawartego w danym zamówieniu.

62 Natomiast w przypadku zamówienia publicznego, które dotyczy świadczenia usług i wykonania robót budowlanych, art. 1 ust. 2 lit. d) akapit trzeci dyrektywy 2004/18 używa innego kryterium ograniczającego: głównego celu danego zamówienia. Kryterium to zostało zastosowane w ww. wyroku w sprawie Auroux i in., pkt 37, 46, w którym chodziło właśnie o zamówienie, którego przedmiotem były roboty i usługi.

63 Ani z mających zastosowanie uregulowań wspólnotowych, ani z utrwalonego orzecznictwa Trybunału nie wynika, że kryterium to musi być również uwzględniane w przypadku mieszanego zamówienia dotyczącego dostaw i usług.

64 Następnie należy stwierdzić, że zgodnie z definicją pojęcia „zamówienia publiczne na dostawy" zawartego w art. 1 ust. 2 lit. c) akapit pierwszy dyrektywy 2004/18 pojęcie to dotyczy operacji takich jak np. kupno lub dzierżawa „produktów", bez wyszczególnienia w tym zakresie i bez rozróżnienia w zależności od tego, czy dany produkt został wytworzony w sposób standardowy, czy zindywidualizowany, tj. zgodnie z konkretnymi preferencjami i potrzebami klienta. W konsekwencji pojęcie „produktu", do którego odsyła w sposób ogólny ten przepis, zawiera też proces konfekcjonowania, niezależnie od kwestii, czy rozważany produkt jest udostępniany konsumentom jako gotowy, czy po wytworzeniu go zgodnie z wymogami klientów.

65 Podejście to jest potwierdzone przez art. 1 ust. 4 dyrektywy 1999/44, który kwalifikuje jako „umowy sprzedaży" zasadniczo i bez rozróżnienia „umowy na dostawę towarów konsumpcyjnych, które mają być wytworzone czy wyprodukowane".

66 Na drugie pytanie należy zatem odpowiedzieć, że gdy przedmiotem mieszanego zamówienia publicznego są jednocześnie produkty i usługi, kryterium, które należy zastosować w celu ustalenia, czy dane zamówienie należy uznać za zamówienie na dostawy, czy za zamówienie na usługi, jest wartość produktów i usług zawartych w zamówieniu. W przypadku udostępnienia towarów wyprodukowanych i dostosowanych do indywidualnych potrzeb każdego klienta, i w zakresie korzystania z których każdy klient powinien uzyskać indywidualne porady, konfekcjonowanie tych towarów musi zostać zaszeregowane w części „dostawy" danego zamówienia, dla celów obliczenia wartości każdego jego składnika.

W przedmiocie pytania trzeciego

67 Swym trzecim pytaniem sąd krajowy zmierza zasadniczo do ustalenia, czy w sytuacji, gdy świadczenie usług przeważa w rozpatrywanym zamówieniu nad dostawą produktów, należy, w świetle charakterystyki wskazanej w postanowieniu odsyłającym, uznać udzielenie zamówienia pomiędzy powszechną kasą chorych a szewcem-

ortopedą za „koncesję usług" w rozumieniu art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18, czy też za „umowę ramową" w rozumieniu art. 1 ust. 5 rzeczonej dyrektywy.

68 Zgodnie z definicją zawartą w art. 1 ust. 4 dyrektywy 2004/18 koncesją na usługi jest umowa tego samego rodzaju co zamówienie publiczne na usługi z wyjątkiem faktu, że wynagrodzenie za świadczenie usług stanowi albo wyłącznie prawo do korzystania z takiej usługi, albo takie prawo wraz z płatnością.

69 Z kolei umowa ramowa jest zdefiniowana w art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18 jako umowa zawarta pomiędzy jedną instytucją lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym wykonawcą lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości.

70 W świetle tych definicji rozważane pojęcia mają podobną charakterystykę, wobec czego dokonanie wyraźnego rozróżnienia pomiędzy nimi nie jest łatwe. Kwalifikacja prawna umowy zależy zatem od konkretnych okoliczności sprawy.

71 W każdym razie z przedstawionej powyżej definicji koncesji na usługi wynika, że charakteryzuje ją sytuacja, w której określone prawo do świadczenia usług jest przenoszone przez instytucję zamawiającą na koncesjonariusza, a ten ostatni posiada, w ramach zawartej umowy, pewien zakres swobody gospodarczej w celu ustalenia warunków korzystania z tego prawa, ponosząc zatem równocześnie w znacznym stopniu ryzyko związane z tą działalnością. Natomiast umowa ramowa występuje w sytuacji, w której działalność przedsiębiorcy będącego stroną umowy jest ujęta w ramy, w zakresie w jakim wszystkie zamówienia udzielane danemu przedsiębiorcy w toku danego okresu muszą respektować przesłanki wskazane w tej umowie.

72 Ten element rozróżnienia jest potwierdzony w orzecznictwie Trybunału, zgodnie z którym koncesja na świadczenie usług występuje wówczas, gdy ustalony sposób wynagrodzenia opiera się na uprawnieniu usługodawcy do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie oferowanych przezeń usług i oznacza, że ponosi on ryzyko związane z prowadzeniem działalności w tym zakresie (zob. wyrok z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-382/05 Komisja przeciwko Włochom, Zb.Orz. s. I-6657, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo).

73 W niniejszej sprawie rozpatrywane zamówienie jest umową zwaną „integralnym świadczeniem usług", o którym mowa w §§ 140a–140e SGB V, zawartą pomiędzy powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą. W świetle tej umowy przedsiębiorca zobowiązuje się do wykonywania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którzy do niego się zwrócą. Równocześnie ceny za różne formuły świadczeń są określone w tej umowie, wraz z jej okresem trwania. Ilości w zakresie różnych świadczeń nie zostały wskazane, lecz taki zapis nie jest wymagany przez pojęcie koncesji na usługi. Kasa chorych jest jedynym dłużnikiem w zakresie wynagrodzenia usługodawcy. Wydaje się zatem, że warunki wykonywania działalności przedsiębiorcy są zdefiniowane w omawianej umowie w ten sposób, że przedsiębiorca nie posiada zakresu swobody gospodarczej charakteryzującego koncesję na usługi ani nie ponosi znacznego ryzyka związanego z wykonywanymi przezeń świadczeniami.

74 Niewątpliwie można by wskazać, że przedsiębiorca ponosi w niniejszej sprawie pewne ryzyko, w zakresie w jakim jego produkty i usługi mogą nie być poszukiwane przez ubezpieczonych. Jednakże ryzyko to jest ograniczone. Przedsiębiorca nie ponosi bowiem ryzyka związanego z uzyskaniem swego wynagrodzenia i niewypłacalnością klientów indywidualnych, jako że kasa chorych jest z prawnego punktu widzenia jedynym dłużnikiem w zakresie tego wynagrodzenia. Ponadto, będąc wystarczająco wyposażonym z punktu widzenia świadczenia swych usług, nie musi on ponosić znaczących wydatków przed zawarciem indywidualnej umowy z ubezpieczonym. Wreszcie ilość ubezpieczonych mających syndrom „stopy diabetycznej", którzy mogą się do niego zwrócić, jest znana, wobec czego może on w rozsądny sposób przewidzieć ilość wniosków w tym zakresie.

75 Zatem zasadnicze ryzyko związane z prowadzeniem omawianej działalności, stanowiące okoliczność charakteryzującą pozycję koncesjonariusza w ramach koncesji usług, nie jest w tym przypadku ponoszone przez przedsiębiorcę.

76 Na trzecie pytanie należy zatem odpowiedzieć, że w sytuacji gdy świadczenie usług przeważa w przypadku danego zamówienia nad dostawą produktów, umowę, taką jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym, zawartą pomiędzy powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą, w której określono wynagrodzenia za różnego rodzaju świadczenia oczekiwane od przedsiębiorcy oraz okres stosowania umowy, przy czym przedsiębiorca ten zobowiązuje się do wykonania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którzy o nie wystąpią, a dana kasa jest ze swej strony jedynym dłużnikiem w zakresie wynagrodzenia za świadczenia tego przedsiębiorcy, należy uważać za „umowę ramową" w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18.

W przedmiocie kosztów

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

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

1) Artykuł 1 ust. 9 akapit drugi lit. c) przypadek pierwszy dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, powinien być interpretowany w ten sposób, że finansowanie w przeważającej części przez państwo ma miejsce wówczas,

gdy działalność powszechnych kas chorych jest finansowana zasadniczo ze składek obciążających członków, nałożonych, obliczanych i pobieranych według zasad prawa publicznego takich jak omawiane w postępowaniu przed sądem krajowym. Takie powszechne kasy chorych muszą być uznane za podmioty prawa publicznego, a zatem instytucje zamawiające dla celów stosowania reguł tej dyrektywy.

2) **Gdy przedmiotem mieszanego zamówienia publicznego są jednocześnie produkty i usługi, kryterium, które należy zastosować w celu ustalenia, czy dane zamówienie należy uznać za zamówienie na dostawy, czy za zamówienie na usługi, jest wartość produktów i usług zawartych w zamówieniu. W przypadku udostępnienia towarów wyprodukowanych i dostosowanych do indywidualnych potrzeb każdego klienta i w zakresie korzystania z których każdy klient powinien uzyskać indywidualne porady, konfekcjonowanie tych towarów musi zostać zaszeregowane w części „dostawy" danego zamówienia, dla celów obliczenia wartości każdego jego składnika.**

3) **W sytuacji gdy świadczenie usług przeważa w przypadku danego zamówienia nad dostawą produktów, umowę, taką jak rozpatrywana w postępowaniu przed sądem krajowym, zawartą pomiędzy powszechną kasą chorych a przedsiębiorcą, w której określono wynagrodzenia za różnego rodzaju świadczenia oczekiwane od przedsiębiorcy, oraz okres stosowania umowy, przy czym przedsiębiorca ten zobowiązuje się do wykonania świadczeń na rzecz ubezpieczonych, którzy o nie wystąpią, a dana kasa jest ze swej strony jedynym dłużnikiem w zakresie wynagrodzenia za świadczenia tego przedsiębiorcy, należy uważać za „umowę ramową" w rozumieniu art. 1 ust. 5 dyrektywy 2004/18.**

Podpisy