ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (štvrtá komora)

z 11. júna 2009 *

Vo veci C-300/07,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 234 ES, podaný rozhodnutím Oberlandesgericht Düsseldorf (Nemecko) z 23. mája 2007 a doručený Súdnemu dvoru 27. júna 2007, ktorý súvisí s konaním:

Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik

proti

AOK Rheinland/Hamburg,

SÚDNY DVOR (štvrtá komora),

v zložení: predseda štvrtej komory K. Lenaerts, sudcovia T. von Danwitz, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász (spravodajca) a G. Arestis,

* Jazyk konania: nemčina.

generálny advokát: J. Mazák,
tajomník: C. Strömholm, referentka,

so zreteľom na písomnú časť konania a po pojednávaní z 19. júna 2008,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, v zastúpení: H. Glahs, a U. Karpenstein, Rechtsanwälte,

— AOK Rheinland/Hamburg, v zastúpení: A. Neun, Rechtsanwalt,

— Komisia Európskych spoločenstiev, v zastúpení: G. Wilms a D. Kukovec, splnomocnení zástupcovia,

po vypočutí návrhov generálneho advokáta na pojednávaní 16. decembra 2008,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článku 1 ods. 2 písm. c) a d) odsekov 4, 5 a 9 druhého pododseku písm. c) prvej a druhej alternatívy smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

2 Tento návrh bol podaný v rámci sporu medzi spoločnosťou Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik a AOK Rheinland/Hamburg, v ktorom ide po prvé o otázku, či nemecké verejné zdravotné poisťovne založené zákonom sú verejnými obstarávateľmi na účely uplatnenia ustanovení smernice 2004/18, po druhé, či poskytnutie ortopedickej obuvi zhotovenej a individuálne prispôsobenej potrebám pacientov špecializovanými výrobcami obuvi na základe zmluvy uzavretej s verejnou zdravotnou poisťovňou založenou zákonom v spojení s podrobnými konzultáciami pacientom pred a po tomto poskytnutí sa má považovať za verejnú zákazku na dodávku tovaru, alebo za verejnú zákazku na služby, a po tretie v prípade, že sa uvedené poskytnutie ortopedickej obuvi má považovať za poskytnutie služby, či ide v prejednávanej veci o verejnú koncesiu na služby, alebo o rámcovú zmluvu v zmysle ustanovení smernice 2004/18.

Právny rámec

Právna úprava Spoločenstva

3 Článok 1 smernice 2004/18 s názvom „Vymedzenie pojmov“ stanovuje:

„…

2. a) ‚Verejné zákazky‘ sú zmluvy s peňažným plnením, uzavreté písomne medzi jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi a jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, ktorých predmetom je vykonanie prác, dodávka výrobkov alebo poskytnutie služieb v zmysle tejto smernice.

…

c) ‚Verejné zákazky na dodávku tovaru‘ sú iné verejné zákazky ako zákazky uvedené v písmene b), ktorých predmetom je nákup, lízing, prenájom alebo kúpa výrobkov na splátky, s možnosťou odkúpenia alebo bez takejto možnosti.

…

d) ‚Verejné zákazky na služby' sú iné verejné zákazky ako verejné zákazky na práce alebo na dodávku tovaru, ktorých predmetom je poskytnutie služieb uvedených v prílohe II.

Verejná zákazka, ktorej predmetom sú výrobky aj služby v zmysle prílohy II, sa považuje za „verejnú zákazku na služby", ak hodnota príslušných služieb prevyšuje hodnotu výrobkov, na ktoré sa táto zákazka vzťahuje.

Verejná zákazka, ktorej predmetom sú služby v zmysle prílohy II a ktorá zahŕňa činnosti v zmysle prílohy I, ktoré sú len sprievodné k hlavnému predmetu zákazky, sa považuje za verejnú zákazku na služby.

4. ‚Verejná koncesia na služby' je zákazka rovnakého druhu ako verejná zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením.

5. ‚Rámcová dohoda' je dohoda medzi jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi a jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi, ktorej cieľom je stanoviť podmienky upravujúce zákazky, ktoré sa budú zadávať počas daného obdobia, najmä pokiaľ ide o cenu a prípadne aj o predpokladané množstvo.

…"

4 Článok 1 ods. 9 smernice 2004/18 stanovuje:

„‚Verejní obstarávatelia' sú štátne, regionálne alebo miestne orgány, inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, združenia vytvorené jedným alebo niekoľkými takýmito orgánmi alebo jednou alebo viacerými takýmito inštitúciami, ktoré sa spravujú verejným právom.

‚Inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom' je každá inštitúcia:

a) zriadená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter;

b) má právnu subjektivitu, a

c) je z väčšej časti financovaná štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými inštitúciami, ktoré sa spravujú verejným právom; alebo jej riadenie podlieha dohľadu týchto inštitúcií; alebo má správny, riadiaci alebo dozorný orgán, ktorého viac ako polovicu členov vymenúvajú štátne, regionálne alebo miestne orgány alebo iné inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom.

Neúplné zoznamy inštitúcií a kategórií inštitúcií, ktoré sa spravujú verejným právom, a ktoré spĺňajú kritériá uvedené v písmenách a), b) a c) druhého pododseku, sú uvedené v prílohe III. Členské štáty pravidelne oznamujú Komisii akékoľvek zmeny vo svojich zoznamoch inštitúcií a kategóriách inštitúcií."

5 V prílohe III tejto smernice sú v časti III s názvom „Nemecko“ v odseku 1 „Kategórie“ pod bodom 1.1. „Orgány“ vo štvrtej zarážke uvedené „Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) [fondy nemocenského, úrazového a sociálneho poistenia]. [inštitúcie sociálneho zabezpečenia: zdravotné, úrazové a sociálne poisťovne — *neoficiálny preklad*]“

6 Článok 21 tejto smernice stanovuje:

„Na zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe II B, sa vzťahujú len článok 23 a článok 35 ods. 4.“

7 V prílohe II B v kategórii 25 tejto smernice sú uvedené „Zdravotnícke a sociálne služby“.

8 V súlade s článkom 22 smernice 2004/18:

„Zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené tak v prílohe II A, ako aj v prílohe II B, sa zadávajú v súlade s článkami 23 až 55, ak je hodnota služieb uvedených v prílohe II A vyššia ako hodnota služieb uvedených v prílohe II B. V ostatných prípadoch sa zákazky zadávajú v súlade s článkom 23 a článkom 35 ods. 4.“

9 Podľa článku 32 ods. 2 tejto smernice:

„Na účely uzatvorenia rámcovej dohody sa verejní obstarávatelia spravujú procesnými pravidlami uvedenými v tejto smernici…“

10 Článok 79 uvedenej smernice nazvaný „Zmeny a doplnenia“ stanovuje:

„Komisia môže v súlade s postupom uvedeným v článku 77 ods. 2 zmeniť a doplniť:

…

d) zoznamy inštitúcií a kategórií inštitúcií, ktoré sa spravujú verejným právom, uvedené v prílohe III, ak sa to ukáže byť nevyhnutným na základe oznámení z členských štátov;

…“

11 Napokon smernica Európskeho parlamentu a Rady 1999/44/ES z 25. mája 1999 o určitých aspektoch predaja spotrebného tovaru a záruk na spotrebný tovar (Ú. v. ES L 171, s. 12; Mim. vyd. 15/004, s. 223) vo svojom článku 1 ods. 4 stanovuje:

„Zmluvy na dodávky spotrebného tovaru, ktorý sa má zhotoviť alebo vyrobiť, sa na účely tejto smernice tiež považujú za kúpne zmluvy."

Vnútroštátna právna úprava

12 Nasledujúce zhrnutie relevantnej vnútroštátnej právnej úpravy vyplýva z údajov obsiahnutých v spise predloženom Súdnemu dvoru a najmä z návrhu na začatie prejudiciálneho konania.

13 Systém verejného zdravotníctva v Nemecku, ako aj organizovanie a financovanie verejných zdravotných poisťovní v tomto štáte upravuje sociálny zákonník (Sozialgesetzbuch) v častiach IV a V (ďalej len „SGB IV" a „SGB V"). Úloha, ktorú zákonodarca pridelil zdravotným poisťovniam založených zákonom, je podľa § 1 ods. 1 SGB V stanovená takto:

„Úlohou zdravotného poistenia ako spoločenstva založeného na zásade solidarity je zachovávanie, obnova a zlepšovanie zdravia poistencov."

14 Z § 4 ods. 1 SGB V vyplýva, že zdravotné poisťovne založené zákonom sú verejnoprávnymi korporáciami, ktoré majú právnu subjektivitu a právo na samosprávu. Sú zriadené na základe § 1 a § 3 SGB V. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že prevažná väčšina obyvateľstva v Nemecku (asi 90 %) je povinne poistená na základe zákona v nejakej zdravotnej poisťovni založenej zákonom. Povinne poistené osoby si môžu vybrať medzi rôznymi poisťovňami, v ktorých chcú byť poistení, nemôžu si však vybrať medzi verejnou a súkromnou poisťovňou.

15 Právna úprava financovania zdravotných poisťovní založených zákonom je obsiahnutá v § 20 až 28 SGB IV, ako aj v § 3, § 220 a nasl. SGB V. Toto financovanie je zabezpečené prostredníctvom príspevkov povinne poistených osôb, priamych platieb zo spolkového štátu a kompenzačných platieb vyplývajúcich z finančného kompenzačného systému medzi poisťovňami založenými zákonom a z kompenzačného mechanizmu na vyrovnanie štruktúry rizika.

16 Podľa návrhu na začatie prejudiciálneho konania sú zdravotné poisťovne založené zákonom financované z prevažnej väčšiny z príspevkov povinne poistených osôb a časťou príspevkov, ktorú majú uhradiť ich zamestnávatelia. Výška príspevkov sa riadi výlučne príjmom poistencov, čiže schopnosťou poistenca platiť príspevky. Iné hľadiská, ako sú vek poistenca, jeho zdravotný stav alebo počet spolupoistených osôb, nehrajú žiadnu úlohu. V praxi zamestnávateľ časť príspevkov, ktorú má hradiť poistenec, odpočíta z jeho mzdy a spolu s časťou príspevku od zamestnávateľa ju zaplatí v zdravotnej poisťovni založenej zákonom. Ide o povinnosti na základe verejného práva a výber príspevkov sa uskutočňuje kogentne podľa ustanovení verejného práva.

17 Sadzba príspevkov nie je stanovená štátom, ale zdravotnými poisťovňami založenými zákonom. Tieto poisťovne musia, tak ako je stanovené v príslušnej právnej úprave, určiť sadzby takým spôsobom, aby spolu s inými zdrojmi príjmov pokrývali výdavky

stanovené zákonom a zaručovali dostatočné prostriedky na prevádzku, a aby boli disponibilné povinné rezervy stanovené zákonom. Stanovenie sadzby príspevkov vyžaduje schválenie štátnym orgánom dohľadu každej poisťovne. Výška príspevkov podľa návrhu na začatie prejudiciálneho konania je v istom rozsahu stanovená právnymi predpismi a má sa určiť tak, aby príjmy z toho vyplývajúce neboli nižšie ako výdavky a aby ich neprekračovali. Keďže v súlade s nemeckým systémom verejného zdravia plnenia, ktoré sa majú poskytnúť, sú z prevažnej časti pevne stanovené zákonom, dotknutá zdravotná poisťovňa založená zákonom nemôže výšku výdavkov prakticky priamo ovplyvniť.

18 Na účely zachovania sadzby príspevkov poistencov na rovnakej výške § 266 až § 268 SGB V stanovujú ročné kompenzačné platby medzi všetkými zdravotnými poisťovňami založenými zákonom vyplývajúce z vyrovnania štruktúry rizík. Podľa pripomienok vnútroštátneho súdu v tejto súvislosti existuje vzájomný „solidárny záväzok" medzi týmito poisťovňami, keď každá má nárok na vyrovnanie alebo povinnosť vyrovnať v určitej výške.

19 Zdravotné poisťovne založené zákonom, ktoré podľa § 4 ods. 1 SGB V majú právo na samosprávu, podliehajú štátnemu dohľadu. Podľa návrhu na začatie prejudiciálneho konania sa tento dohľad neobmedzuje len na kontrolu zákonnosti *a posteriori*.

20 Niektoré opatrenia prijaté poisťovňami založenými zákonom vyžadujú povolenie zo strany orgánov dohľadu, ako sú napríklad zmeny stanov, stanovenie sadzby príspevkov, výstavba a nadobúdanie pozemkov alebo programového vybavenia, ako to vyplýva z § 195 ods. 1, § 220 ods. 2 a § 241 SGB V. Orgány dohľadu musia minimálne raz za päť rokov overovať obchodné, účtovné a prevádzkové riadenie zdravotných poisťovní založených zákonom, ktoré podliehajú ich dohľadu. Táto kontrola, ktorá sa týka najmä

hospodárnosti činnosti príslušnej poisťovne, sa môže vykonať aj častejšie (§ 69 ods. 2 a § 88 ods. 1 SGB IV, ako aj § 274 ods. 1 SGB V). V rámci tejto kontroly § 88 ods. 2 SGB IV stanovuje, že tieto poisťovne sú povinné predložiť orgánu dohľadu všetky potrebné dokumenty a informácie. Okrem toho podľa § 37 a § 89 ods. 3 SGB IV v prípade, že orgány samosprávy týchto poisťovní odmietajú zabezpečiť výkon úloh, ktoré sú povinné plniť, tieto úlohy prevezmú samotné orgány dohľadu.

21 Napokon každá zdravotná poisťovňa založená zákonom musí príslušným orgánom dohľadu včas predložiť predbežný rozpočet (§ 70 ods. 5 SGB IV) a orgán dohľadu môže uskutočniť zlúčenie poisťovne nespôsobilej ďalšej existencie s inými poisťovňami alebo rozhodnúť a jej zatvorení (§ 146a, §153 prvá veta bod 3, § 156, § 163 prvá veta bod 3, § 167 druhá veta, § 170 SGB V).

22 Keďže v rámci uvedeného systému nemá poistenec nárok na náhradu výdavkov voči zdravotnej poisťovni založenej zákonom, do ktorej patrí, ale má právo na bezplatný prístup k zodpovedajúcim plneniam (§ 2 ods. 2 SGB V), podľa tzv. zásady plnenia *in natura* zdravotné poisťovne založené zákonom sú nabádané uzatvárať s rôznymi poskytovateľmi zmluvy o zabezpečení starostlivosti o poistencov, ktoré sú viacodvetvové alebo interdisciplinárne. Tieto „zmluvy o zabezpečení integrovanej starostlivosti“ upravené v § 140a až § 140e SGB V sa uzatvárajú medzi zdravotnými poisťovňami založenými zákonom a rôznymi poskytovateľmi oprávnenými poskytovať starostlivosť poistencom. Definujú odmenu za rôzne balíky integrovanej starostlivosti, ktorá sa má zaplatiť za všetky plnenia, ktoré môže poistený v rámci starostlivosti požadovať. Zdravotná poisťovňa založená zákonom je stranou v zmluve o zabezpečení integrovanej starostlivosti a je dlžnou stranou, ktorá uhrádza odmenu poskytovateľovi.

Účasť poistencov na rôznych balíkoch starostlivosti je dobrovoľná, ale keď sa raz poistenec pre nejaký balík rozhodne, je povinný využívať služby poskytovateľa, s ktorým príslušná zdravotná poisťovňa uzatvorila takúto zmluvu.

23 Počas konania pred Súdnym dvorom sa uvádzali aj dve rozhodnutia, ktoré vydal Bundesverfassungsgericht v súvislosti s úlohou zdravotných poisťovní v Nemecku.

24 Bundesverfassungsgericht vo svojom uznesení z 9. júna 2004 (2 BvR 1248/03 a 2 BvR 1249/03) konštatoval toto:

„Sociálne právo je jedným z najdôležitejších nástrojov sociálnej politiky štátu. Ochrana v prípade choroby je v poriadku sociálneho štátu zakotveného ústavou (Grundgesetz) jednou zo základných úloh štátu. Zákonodarca sa tejto úlohy ujal zabezpečením ochrany väčšiny obyvateľstva zavedením zákonného zdravotného poistenia ako verejnoprávneho povinného poistenia a tým, že upravil druh a spôsob tejto ochrany. Základná úloha zdravotných poisťovní založených zákonom spočíva vo vykonávaní podrobnej sociálnej právnej úpravy vytvorenej na účely splnenia tejto základnej úlohy štátu."

25 Napokon vo svojom uznesení z 31. januára 2008 (1 BvR 2156/02), Bundesverfassungsgericht rozhodol, že nemocenské poisťovne sú inštitúciami verejného práva začlenené do štátu, ktoré fakticky nepriamo vykonávajú úlohy štátnej správy.

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

26 Oznámením uverejneným v júni 2006 v odbornom časopise vyzvala AOK Rheinland/Hamburg, zdravotná poisťovňa založená zákonom, výrobcov ortopedickej obuvi, aby predložili ponuky na zhotovenie a dodávku obuvi v rámci režimu zabezpečenia integrovanej starostlivosti v zmysle § 140a a nasl SGB V na obdobie od 1. septembra 2006 do 31. decembra 2006. Plnenia, ktoré sa mali poskytnúť, boli rozdelené podľa ich významu do rôznych paušálnych skupín, za ktoré mal uchádzač uviesť ceny.

27 Množstvo obuvi, ktoré sa malo dodať, nebolo určené. Bolo stanovené, že pacienti trpiaci syndrómom tzv. „diabetickej nohy" sa s kartičkou zdravotného poistenia a lekárskym predpisom majú priamo obrátiť na príslušného výrobcu ortopedickej obuvi. Jeho úloha spočívala v zhotovení a kontrole ortopedickej obuvi individuálne prispôsobenej potrebám pacientov, pričom pred a po dodaní tovaru mali byť pacientovi zakaždým poskytnuté podrobné konzultácie. Platby, s výhradou doplatkov pacientov, mala zaplatiť zdravotná poisťovňa založená zákonom.

28 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik, podnik na výrobu ortopedickej obuvi, zaslal ponuku a o dva dni neskôr namietal, že boli porušené ustanovenia práva Spoločenstva a vnútroštátneho práva o verejnom obstarávaní. Zdravotná poisťovňa založená zákonom tieto námietky zamietla s odôvodnením, že právne predpisy o verejnom obstarávaní v tomto prípade nie sú aplikovateľné. Opravný prostriedok podaný uvedeným podnikom nebol úspešný na prvom stupni, a preto sa podnik odvolal na senát pre verejné obstarávanie Oberlandesgericht Düsseldorf.

29 Tento súd po prvé uvádza, že v odbornej literatúre a judikatúre v Nemecku je sporné, či sa zdravotné poisťovne založené zákonom majú považovať napriek ich uvedeniu v prílohe III smernice 2004/18 za inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, a teda za verejných obstarávateľov v zmysle tejto smernice. Z tohto dôvodu vnútroštátny súd opisuje problematiku za rôznych podmienok, ktoré v tejto súvislosti stanovuje článok 1 ods. 9 druhý pododsek tejto smernice.

30 Pokiaľ ide o podmienky stanovené v tomto ustanovení pod písmenami a) a b), vnútroštátny súd ich považuje za splnené, pretože zdravotné poisťovne založené zákonom sú právnickými osobami, ktoré sa spravujú verejným právom a sú zriadené na osobitný účel zachovávania, obnovy a zlepšovania zdravia poistencov, teda na plnenie potrieb všeobecného záujmu. Okrem toho tieto potreby majú iný ako priemyselný alebo obchodný charakter, pretože zdravotné poisťovne založené zákonom nevykonávajú obchodnú činnosť a neposkytujú plnenia s cieľom dosiahnuť zisk.

31 Objasniť teda treba podmienky upravené v článku 1 ods. 9 druhom pododseku písm. c) smernice 2004/18.

32 Čo sa týka prvej podmienky, čiže financovania z väčšej časti štátom, vnútroštátny súd odkazuje na znaky predmetného vnútroštátneho systému, ako vyplývajú z bodov 13 až 18 tohto rozsudku.

33 Pokiaľ ide o podmienku týkajúcu sa dohľadu vykonávaného verejnou mocou, vnútroštátny súd odkazuje na relevantné prvky systému, ako vyplývajú z bodov 19 a 20 tohto rozsudku.

34 V prípade, že by sa došlo k záveru, že zdravotné poisťovne sú verejnými obstarávateľmi, vzniká po druhé otázka, či má byť zákazka vo veci samej kvalifikovaná ako verejná zákazka na dodávku tovaru, alebo ako verejná zákazka na služby. Vnútroštátny súd v tejto súvislosti uvádza, že článok 1 ods. 2 písm. d) druhý pododsek smernice 2004/18 stanovuje kritérium takého posúdenia hodnotu predmetných služieb a tovarov. Na základe tohto kritéria je podľa vnútroštátneho súdu podstatné vedieť, aké miesto predstavuje zhotovenie obuvi, o ktoré ide vo veci samej, v rámci celkového plnenia, pozostávajúceho z obstarania materiálu, zhotovenia, konzultácií a informácií pre zákazníkov.

35 Ak sa má zhotovenie individuálnej obuvi vo veci samej považovať za súčasť dodávky tovaru, bola by podľa odhadu vnútroštátneho súdu hodnota dodávky obuvi vyššia než hodnota služby. Ak by naopak hodnota dodávky mala spočívať iba v základných materiáloch, prevážila by hodnota služby hodnotu dodávky. Vnútroštátny súd uvádza, že sa zdá, že v prospech prvého prístupu svedčí článok 1 ods. 4 smernice 1999/44, ktorý považuje „zmluvy na dodávky spotrebného tovaru, ktorý sa má zhotoviť alebo vyrobiť“ za kúpne zmluvy, a to nezávisle od skutočnosti, či ide o štandardizované výrobky, alebo o výrobky individuálne prispôsobené objednávke, čiže nezastupiteľné veci. Podľa judikatúry Súdneho dvora možno však vyvodiť, že rolu hrajú v tejto súvislosti aj kvalitatívne aspekty (pozri rozsudok z 18. januára 2007, Auroux a i., C-220/05, Zb. s. I-385, bod 46). Z tohto hľadiska treba zohľadniť úvahu, že konzultácie poskytnuté pacientom nie sú obmedzené na výber a použitie výrobku.

36 Vnútroštátny súd zdôrazňuje, že toto vymedzenie je dôležité, pretože zaradenie zákazky vo veci samej ako verejnej zákazky na dodávku má za následok úplné uplatnenie ustanovení smernice 2004/18.

37 V prípade, že zákazka vo veci samej sa nemá kvalifikovať ako verejná zákazka na dodávku tovaru, vnútroštátny súd sa po tretie pýta, či sa zákazka má považovať za verejnú zákazku na služby, alebo za verejnú koncesiu na služby. V poslednom prípade, ako vyplýva z jej článku 17, smernica 2004/18 nie je uplatniteľná. Podľa názoru súdu rozhodujúceho na prvom stupni túto možnosť je potrebné zamietnuť už z dôvodu, že zdravotná poisťovňa založená zákonom je tá, ktorá musí vyplatiť odmenu poskytovateľovi a nie pacient. Podľa názoru vnútroštátneho súdu je potrebné mať na zreteli aj kritérium týkajúce sa určenia toho, kto nesie finančné riziko. V tejto súvislosti treba na jednej strane uvážiť, že poskytovateľovi je odňaté riziko vymáhania dlžnej sumy a insolventnosti jeho dlžníka z dôvodu, že zdravotná poisťovňa založená zákonom musí vyplatiť odmenu poskytovateľovi a nie pacient. Na druhej strane poskytovateľ znáša riziko, či vôbec a v akom rozsahu budú pacienti žiadať jeho výrobky a služby. Týmto sa okrem iného prejednávaná vec odlišuje od situácie obyčajnej rámcovej zmluvy. Podľa názoru vnútroštátneho súdu rozhodujúcim bodom na účely kvalifikácie zákazky vo veci samej ako verejnej koncesie na služby je skutočnosť, že poskytovateľ sa nemusí vopred púšťať do nákladných výdavkov, ako je vybudovanie priestorov alebo výdavky na personál a prístroje, ktorých amortizácia by sa následne musela uskutočniť prostredníctvom „práva na zhodnotenie svojej vlastnej služby“ (rozsudok zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, bod 30).

38 Napokon vnútroštátny súd pripomína, že ak zákazka vo veci samej sa má považovať za verejnú zákazku na služby, so zreteľom na jej charakter ako služby v zdravotníctve to má podľa článku 21 a prílohy II B kategórie 25 za následok len uplatnenie článku 23 a článku 35 ods. 4 tejto smernice; porušenie týchto ustanovení je v prejednávanej veci vopred vylúčené. Takáto kvalifikácia vedie však k uplatneniu určitých ustanovení vnútroštátneho práva, ktoré používajú rovnaký pojem „zákazky na služby“, na základe ktorých by navrhovateľka mohla byť vo veci samej čiastočne úspešná.

39 Vzhľadom na tieto úvahy Oberlandesgericht Düsseldorf rozhodol prerušiť konanie a položiť Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. a) Má sa požiadavka ‚financovania štátom' obsiahnutá v článku 1 ods. 9 druhom pododseku písm. c) prvej alternatíve smernice [2004/18] vykladať v tom zmysle, že štát nariadi členstvo v zdravotnom poistení, ako aj povinnosť platenia príspevkov — ktorých výška závisí od príjmu — príslušnej zdravotnej poisťovni, pričom zdravotná poisťovňa stanoví sadzbu príspevku, ale zdravotné poisťovne sú navzájom spojené systémom solidárneho financovania bližšie opísanom v odôvodnení, a je zabezpečené splnenie záväzkov každej jednej zdravotnej poisťovne?

b) Má sa požiadavka v článku 1 ods. 9 druhom pododseku písm. c) druhej alternatívy [smernice 2004/18], v zmysle ktorej ‚riadenie' inštitúcie ‚podlieha dohľadu týchto inštitúcií', vykladať v tom zmysle, že štátny právny dohľad, ktorý sa týka ešte prebiehajúcich alebo budúcich úkonov — prípadne ďalších možností zásahov štátu uvedených ďalej v odôvodnení —, postačuje na splnenie tejto požiadavky?

2. V prípade, že sa na prvú prejudiciálnu otázku — písm. a) alebo b) — odpovie kladne, má sa písmeno c) a písmeno d) článku 1 ods. 2 smernice [2004/18] vykladať v tom zmysle, že poskytnutie tovaru, ktorý je zhotovený a prispôsobený individuálnym požiadavkám daného zákazníka a o ktorého použití sa vedú individuálne konzultácie so zákazníkom, sa má považovať za ‚zákazku na dodávku tovaru', alebo za ‚zákazku na služby'? Má sa pritom zohľadniť len hodnota každého jednotlivého plnenia?

3. V prípade, že poskytnutie uvedené v druhej prejudiciálnej otázke je alebo môže byť zaradené ako ‚služba', má sa článok 1 ods. 4 smernice [2004/18], — na rozdiel od

‚rámcovej dohody' v zmysle článku 1 ods. 5 [tejto] smernice — vykladať v tom zmysle, že pod ‚verejnou koncesiou na služby' sa rozumie aj udelenie zákazky vo forme, pri ktorej

— rozhodnutie o tom, či a v akých prípadoch bude hospodársky subjekt poverený jednotlivými zákazkami, neurobí verejný obstarávateľ, ale tretia osoba,

— platbu hospodárskemu subjektu uskutoční verejný obstarávateľ, pretože iba on je podľa zákona jediným dlžníkom odmeny a voči tretej osobe je povinný poskytnúť služby, a

— hospodársky subjekt pred využitím treťou osobou nemusí poskytnúť alebo zabezpečiť žiadne plnenia akéhokoľvek druhu?"

O prejudiciálnych otázkach

O prvej otázke

40 Svojou prvou prejudiciálnou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či sa zdravotné poisťovne založené zákonom, aké sú vo veci samej, so zreteľom na ich vlastnosti uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania, majú považovať za verejných obstarávateľov na účely uplatnenia pravidiel smernice 2004/18.

41 S cieľom odpovedať na túto otázku je potrebné najskôr preskúmať úvodnú otázku, na ktorej je založená a ktorá vyplýva z odôvodnenia návrhu na začatie prejudiciálneho konania a z problematiky opísanej vnútroštátnym súdom, t. j. či okolnosť, že zdravotné

poisťovne založené zákonom vo veci samej sú výslovne uvedené v prílohe III smernice 2004/18, je sama osebe dostatočná na to, aby sa tieto považovali za inštitúcie spravované verejným právom, a teda za verejných obstarávateľov.

42 Navrhovateľka vo veci samej, ako aj Komisia Európskych spoločenstiev v tejto súvislosti tvrdia, že samotný zápis subjektu v prílohe III smernice 2004/18 predstavuje dostatočnú podmienku na účely kvalifikácie tohto subjektu ako inštitúcie, ktorá sa spravuje verejným právom. Taký zápis predstavuje nevyvrátiteľnú domnienku tejto kvalifikácie, pri ktorej je každé ďalšie skúmanie povahy a vlastností predmetného subjektu nadbytočné.

43 S týmto prístupom nemožno súhlasiť.

44 Z článku 234 prvého odseku písm. b) ES totiž vyplýva, že vnútroštátny súd môže kedykoľvek položiť Súdnemu dvoru otázku týkajúcu sa platnosti aktu prijatého inštitúciami Európskeho spoločenstva, ak sa domnieva, že rozhodnutie o tom je potrebné na vydanie jeho rozhodnutia.

45 V tejto súvislosti je potrebné zdôrazniť, že predmetná právna úprava Spoločenstva, t. j. smernica 2004/18, obsahuje hmotnoprávne pravidlá, ako je článok 1 ods. 9 druhý pododsek tejto smernice, ktorý uvádza podmienky, ktoré musí subjekt splniť, aby sa považoval za verejného obstarávateľa v zmysle tejto smernice, ako aj opatrenia na výkon týchto hmotnoprávnych predpisov, ako je uvedenie v prílohe III tejto smernice neúplného zoznamu inštitúcií spravovaných verejným právom považovaných za spĺňajúce tieto podmienky. V tomto kontexte prislúcha súdu Spoločenstva, pokiaľ má rozhodovať o odôvodnenom návrhu v tomto zmysle podaným vnútroštátnym súdom, aby sa uistil o vnútornej koherencii predmetného aktu Spoločenstva a preskúmal, či zápis daného subjektu do uvedeného zoznamu predstavuje správne uplatnenie hmotnoprávnych kritérií definovaných v uvedenom ustanovení. Takýto postup Súdneho dvora si vyžaduje zásada právnej istoty, ktorá predstavuje základnú zásadu práva Spoločenstva.

46 V prejednávanej veci vnútroštátny súd kladie, aj keď nie výslovne, otázku týkajúcu sa platnosti zápisu verejných zdravotných poisťovní vo veci samej v prílohe III smernice 2004/18. Poukazuje na rozdiely existujúce v judikatúre a odbornej literatúre v Nemecku, pokiaľ ide o otázku, či tento zápis predstavuje dostatočnú a výlučnú podmienku na účely kvalifikácie týchto poisťovní ako inštitúcií, ktoré sa spravujú verejným právom a jasne vyjadruje v tejto súvislosti svoje pochybnosti. Z týchto dôvodov položil prvú otázku so zreteľom na hmotnoprávne podmienky uvedené v článku 1 ods. 9 druhom pododseku písm. c) smernice 2004/18.

47 Vnútroštátny súd sa preto chce spýtať Súdneho dvora na platnosť zápisu inštitúcie vo veci samej v prílohe III smernice 2004/18 so zreteľom na hmotnoprávne podmienky stanovené v uvedenom ustanovení.

48 S cieľom odpovedať na túto otázku treba pripomenúť, že v súlade s ustálenou judikatúrou Súdneho dvora tri podmienky stanovené v článku 1 ods. 9, druhom pododseku písm. a), b) a c) smernice 2004/18, ktoré musia byť splnené, aby bol subjekt považovaný za inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom, majú kumulatívny charakter (rozsudok z 10. apríla 2008, Ing. Aigner, C-393/06, Zb. s. I-2339, bod 36 a citovaná judikatúra).

49 Ako vyplýva z návrhu na začatie prejudiciálneho konania, podmienky stanovené v článku 1 ods. 9 druhom pododseku písm. a) a b) smernice 2004/18 sú v prejednávanom prípade splnené. Predmetné zdravotné poisťovne založené zákonom sú právnickými osobami, ktoré sa spravujú verejným právom, sú zriadené zákonom na osobitný účel plnenia potrieb v súvislosti s verejným zdravím, ktoré sú potrebami vo všeobecnom záujme a nemajú priemyselný alebo obchodný charakter, pretože uvedené poisťovne poskytujú plnenia nie s cieľom dosiahnuť zisk. Zostáva teda preskúmať, či minimálne jedna z alternatívnych podmienok stanovených v troch prípadoch uvedených v článku 1

ods. 9 druhom pododseku písm. c) tejto smernice je splnená v prejednávanej veci, a to v prvom rade podmienka týkajúca sa financovania z väčšej časti štátom.

50 Pokiaľ ide o túto podmienku, treba najskôr pripomenúť, že ochrana verejného zdravia, ako vyplýva z predmetného vnútroštátneho systému, ako aj z uznesení Bundesverfassungsgericht citovaných v bodoch 24 a 25 tohto rozsudku, je základnou úlohou štátu a zdravotné poisťovne založené zákonom sú začlenené do štátu a fakticky nepriamo vykonávajú úlohy štátnej správy.

51 Ďalej je potrebné poukázať na to, že v súlade s judikatúrou Súdneho dvora znenie článku 1 ods. 9 druhého pododseku písm. c) prvej smernice 2004/18 neobsahuje žiadne upresnenie týkajúce sa spôsobu, akým sa má uskutočňovať financovanie, o ktoré ide v tomto ustanovení. Toto ustanovenie najmä nevyžaduje, aby činnosť predmetného subjektu bola priamo financovaná štátom, alebo inými verejnoprávnymi inštitúciami na účely splnenia príslušnej podmienky. Spôsob nepriameho financovania je teda v tejto súvislosti dostatočný (pozri v tomto zmysle rozsudok z 13. decembra 2007, Bayerischer Rundfunk a i., C-337/06, Zb. s. I-11173, body 34 a 49).

52 Je vhodné po prvé uviesť, že financovanie zdravotných poisťovní založených zákonom vo veci samej je zabezpečené v súlade s príslušnou vnútroštátnou právnou úpravou príspevkami poistencov, vrátene príspevkov, ktoré za nich odvádzajú zamestnávatelia, priamymi platbami zo spolkových orgánov a kompenzačnými platbami medzi poisťovňami vyplývajúcimi z kompenzačného systému na vyrovnanie štruktúry rizika. Povinné príspevky poistencov predstavujú prevažnú časť financovania uvedených poisťovní.

53 Po druhé z návrhu na začatie prejudiciálneho konania tiež vyplýva, že príspevky poistencov sa platia bez špecifického protiplnenia v zmysle judikatúry Súdneho dvora (pozri v tomto zmysle rozsudok z 3. októbra 2000, University of Cambridge, C-380/98, Zb. s. I-8035, body 23 až 25). V skutočnosti sa na tieto platby neviaže nijaké konkrétne zmluvné protiplnenie v tom zmysle, že ani povinnosť platiť príspevky, ani ich výška nie sú výsledkom dohody medzi zdravotnými poisťovňami založenými zákonom a ich

poistencami, ktorí musia platiť príspevky na základe zákona z dôvodu samotnej skutočnosti ich poistenia, ktoré je tiež stanovené zákonom (pozri v tomto zmysle rozsudok Bayerischer Rundfunk a i., už citovaný, bod 45). Okrem toho výška príspevkov sa riadi výlučne schopnosťou poistenca platiť príspevky, iné hľadiská, ako sú jeho vek, zdravotný stav alebo počet spolupoistených osôb, nie sú v tejto súvislosti relevantné.

54 Po tretie vnútroštátny súd uvádza, že na rozdiel od poplatkov vo veci, v ktorej bolo rozhodnuté rozsudkom Bayerischer Rundfunk a i., už citovanom, sadzbu príspevkov v prejednávanej veci nestanovuje verejná moc, ale samotné zdravotné poisťovne založené zákonom. Správne však poukazuje na to, že priestor na posúdenie týchto poisťovní je príliš obmedzený, pretože ich úlohou je zabezpečiť plnenie stanovené právnou úpravou v oblasti sociálneho zabezpečenia. Keďže plnenia a s nimi súvisiace výdavky sú stanovené zákonom a uvedené poisťovne nevykonávajú svoje úlohy s cieľom dosiahnuť zisk, sadzba príspevkov sa musí stanoviť tak, aby príjmy z toho vyplývajúce neboli nižšie ako výdavky ani ich neprekračovali.

55 Po štvrté treba zdôrazniť, že stanovenie sadzby príspevkov zdravotnými poisťovňami založenými zákonom vyžaduje v každom prípade schválenie štátnym orgánom dohľadu každej poisťovne. Uvedená sadzba je teda podľa vyjadrenia vnútroštátneho súdu v istom rozsahu stanovená právnymi predpismi. Čo sa napokon týka iných zdrojov príjmov týchto poisťovní, priame platby spolkových orgánov, aj keď majú menší význam, nesporne predstavujú priame financovanie štátom.

56 Pokiaľ ide napokon o spôsoby výberu príspevkov, z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že v praxi časť príspevkov, ktorú má hradiť poistenec, mu zamestnávateľ odpočíta zo mzdy a spolu s časťou príspevku, ktorú má uhradiť

zamestnávateľ, to spolu zaplatí zdravotnej poisťovni založenej zákonom. Výber príspevkov sa teda uskutočňuje bez možnosti zásahu poistenca. Vnútroštátny súd v tejto súvislosti uvádza, že výber príspevkov sa uskutočňuje kogentným spôsobom na základe ustanovení verejného práva.

57 Je potrebné konštatovať, že ako v prípade záverov Súdneho dvora, ku ktorým dospel v už citovanom rozsudku Bayerischer Rundfunk a i. v bode 48, financovanie, o aké ide vo veci samej týkajúce sa systému verejného zdravotného poistenia, ktorý je založený aktom štátu, je v praxi zaručené verejnou mocou a je zabezpečené spôsobom výberu príslušných príspevkov, ktorý spadá pod ustanovenia verejného práva, spĺňa podmienku týkajúcu sa financovania z väčšej časti štátom na účely uplatnenia pravidiel Spoločenstva v oblasti verejného obstarávania.

58 So zreteľom na tento záver a alternatívny charakter podmienok stanovených v článku 1 ods. 9 druhom pododseku písm. c) smernice 2004/18 nie je potrebné preskúmať, či je v prejednávanej veci splnená podmienka týkajúca sa dohľadu nad riadením zdravotných poisťovní založených zákonom verejnou mocou.

59 Na prvú položenú otázku treba preto odpovedať, že článok 1 ods. 9 druhý pododsek písm. c) prvá alternatíva smernice 2004/18 sa má vykladať v tom zmysle, že ide o financovanie z väčšej časti štátom, ak sú činnosti zdravotných poisťovní založených zákonom financované predovšetkým z príspevkov platených poistencami, ktoré sú uložené, vypočítané a vyberané podľa pravidiel verejného práva, akými sú pravidlá vo veci samej. Také zdravotné poisťovne sa majú považovať za inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom,a teda za verejných obstarávateľov na účely uplatnenia pravidiel tejto smernice.

O druhej otázke

60 Touto otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, aké kritérium sa má uplatniť na určenie, či zmiešaná verejná zákazka, ktorej predmetom je súčasne dodávka tovaru, ako aj poskytnutie služieb sa má považovať za verejnú zákazku na dodávku tovaru, alebo za verejnú zákazku na služby, a či kritériom, ktoré sa má uplatniť v tejto súvislosti, je výlučne hodnota rozdielnych častí, z ktorých sa skladá zmiešaná zákazka. Z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že vnútroštátny súd sa tiež pýta, či v prípade poskytnutia tovaru, ktorý je vyrobený a prispôsobený individuálnym požiadavkám každého zákazníka a o ktorého použití sa vedú individuálne konzultácie s každým zákazníkom, sa zhotovenie tohto tovaru má zaradiť do časti „zákazka na dodávku tovaru“, alebo do časti „zákazka na služby“ na účely výpočtu hodnoty každej jej časti.

61 S cieľom odpovedať na túto otázku je potrebné najskôr uviesť, že pokiaľ sú predmetom zákazky výrobky aj služby, smernica 2004/18 obsahuje vo svojom článku 1 ods. 2 písm. d) druhom pododseku osobitné pravidlo stanovujúce kritérium na vymedzenie, či sa predmetná zákazka má považovať za verejnú zákazku na dodávku tovaru, alebo za verejnú zákazku na služby, a to príslušnú hodnotu výrobkov a služieb obsiahnutých v tejto zákazke. Toto kritérium má kvantitatívny charakter, vzťahuje sa teda konkrétne na hodnotu protiplnenia, ktoré má poskytnúť druhá strana ako odmenu za zložku „výrobky“ a za zložku „služby“ obsiahnuté v predmetnej zákazke.

62 V prípade verejnej zákazky týkajúcej sa poskytnutia služby a výkonu prác článok 1 ods. 2 písm. d), tretí pododsek smernice 2004/18 však používa iné kritérium vymedzenia, totiž hlavný predmet danej zákazky. Toto kritérium sa uplatnilo v rozsudku Auroux a i., už citovaný (body 37 a 46), v ktorom išlo práve o zákazku, ktorej predmetom boli práce a služby.

63 Ani z uplatniteľnej právnej úpravy Spoločenstva, ani z ustálenej judikatúry Súdneho dvora nevyplýva, že toto kritérium sa má zohľadniť aj v prípade zmiešanej zákazky týkajúcej sa dodávky a služieb.

64 Ďalej je potrebné pripomenúť, že v súlade s definíciou pojmu „verejné zákazky na dodávku tovaru“ obsiahnutej v článku 1 ods. 2 písm. c) prvého pododseku smernice 2004/18 sa tento pojem vzťahuje na také úkony, akými sú napr. nákup alebo prenájom, ktoré sa týkajú „výrobkov“ bez bližšieho určenia v tejto súvislosti a bez rozlišovania, či bol predmetný výrobok vyrobený štandardným spôsobom alebo individuálne, teda podľa konkrétnych prianí a potrieb zákazníka. V dôsledku toho pojem výrobku, na ktorý všeobecne odkazuje toto ustanovenie, zahŕňa aj postup zhotovenia nezávisle od toho, či sa predmetný výrobok poskytne spotrebiteľovi už hotový, alebo po tom, ako bol vyrobený podľa jeho požiadaviek.

65 Tento prístup podporuje aj článok 1 ods. 4 smernice 1999/44, ktorý „zmluvy na dodávky spotrebného tovaru, ktorý sa má zhotoviť alebo vyrobiť“ všeobecne a bez rozlišovania kvalifikuje ako „kúpne zmluvy“.

66 Na druhú položenú otázku je teda potrebné odpovedať, že pokiaľ predmetom zmiešanej verejnej zákazky sú výrobky aj služby, kritérium, ktoré sa má uplatniť na vymedzenie, či sa predmetná zákazka má považovať za verejnú zákazku na dodávku tovaru, alebo za verejnú zákazku na služby, je príslušná hodnota výrobkov a služieb obsiahnutých v tejto zákazke. V prípade poskytnutia tovarov, ktoré sú vyrobené a individuálne prispôsobené požiadavkám každého zákazníka a o ktorých použití sa vedú individuálne konzultácie s každým zákazníkom, sa zhotovenie týchto tovarov má zaradiť do časti „dodávka“ v uvedenej zákazke na účely výpočtu hodnoty každej jej zložky.

O tretej otázke

67 Tretia otázka sa má chápať tak, že vnútroštátny súd sa ňou v podstate pýta, či v prípade, keď sa poskytnutie služieb v zákazke vo veci samej preukáže ako prevažujúce vo vzťahu k dodávke tovaru, sa so zreteľom na znaky uvedené v návrhu na začatie prejudiciálneho konania má kvalifikovať zadanie zákazky medzi zdravotnou poisťovňou založenou zákonom a výrobcom ortopedickej obuvi ako „verejná koncesia na služby“ v zmysle

článku 1 ods. 4 smernice 2004/18, alebo ako „rámcová zmluva“ v zmysle článku 1 ods. 5 uvedenej smernice.

68 V súlade s definíciou obsiahnutou v článku 1 ods. 4 smernice 2004/18 verejná koncesia na služby je zmluva rovnakého druhu ako verejná zákazka na služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením.

69 Pokiaľ ide o rámcovú zmluvu, tá je definovaná v článku 1 ods. 5 smernice 2004/18 ako dohoda medzi jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi a jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi, ktorej cieľom je stanoviť podmienky upravujúce zákazky, ktoré sa budú zadávať počas daného obdobia, najmä pokiaľ ide o cenu, či prípadne aj o predpokladané množstvo.

70 Z týchto definícií vyplýva, že dotknuté pojmy vykazujú dosť podobné znaky, takže jasné rozlišovanie medzi nimi nie je spočiatku zreteľné. Právna kvalifikácia zmluvy teda závisí od konkrétnych prvkov, ktoré charakterizujú prejednávanú vec.

71 V každom prípade z vyššie uvedenej definície verejnej koncesie na služby vyplýva, že ju charakterizuje situácia, v ktorej právo na využívanie služby verejný obstarávateľ preniesol na koncesionára, pričom tento má v rámci uzatvorenej zmluvy určitú hospodársku slobodu na určenie podmienok využívania tohto práva, a tým je paralelne značne vystavený rizikám spojeným s týmto využívaním. Naopak, rámcovú zmluvu charakterizuje situácia, v ktorej je činnosť hospodárskeho subjektu, zmluvnej strany, vymedzená v rozsahu, v akom všetky jemu zadané zákazky musia v priebehu daného obdobia dodržiavať podmienky stanovené v tejto dohode.

72 Tento rozlišovací prvok je v súlade s judikatúrou Súdneho dvora, podľa ktorej o koncesiu na služby ide vtedy, ak dohodnutý spôsob odmeny spočíva v práve poskytovateľa poskytovať vlastné služby a má za následok, že poskytovateľ znáša riziko spojené s poskytovaním dotknutých služieb (rozsudok z 18. júla 2007, Komisia/Taliansko, C-382/05, Zb. s. I-6657, bod 34 a citovaná judikatúra).

73 V prejednávanej veci zákazka vo veci samej je zmluva „o zabezpečení integrovanej starostlivosti“ stanovená v § 140a až § 140e SGB V, uzatvorená medzi zdravotnou poisťovňou založenou zákonom a hospodárskym subjektom. Podľa znenia tejto zmluvy hospodársky subjekt preberá povinnosť starostlivosti o poistencov, ktorí sa naň obrátia. Súčasne sú ceny za rôzne balíky plnenia určené v tejto zmluve, ako aj doba jej platnosti. Množstvo týkajúce sa rôznych plnení nie je stanovené, ale takéto určenie pojem koncesie na služby nevyžaduje. Zdravotná poisťovňa založená zákonom je jediným dlžníkom odmeny poskytovateľovi. Zdá sa teda, že podmienky vykonávania činnosti hospodárskeho subjektu sú určené v zmluve vo veci samej tak, že uvedený hospodársky subjekt nemá taký stupeň hospodárskej slobody, aká charakterizuje situáciu koncesie na služby, ani nie je vystavený značnému riziku spojenému s poskytovaním svojho plnenia.

74 Dalo by sa uviesť, že hospodársky subjekt je v prejednávanej veci vystavený určitému riziku, keďže jeho výrobky a služby poistenci možno nebudú požadovať. Predsa len je však toto riziko malé. Hospodársky subjekt je v skutočnosti zbavený rizika spojeného s vyplácaním jeho odmeny a s nesolventnosťou jeho jediného zmluvného partnera, keďže zdravotná poisťovňa založená zákonom je zo zákona jediným dlžníkom vyplácajúcim jeho odmenu. Okrem toho, aj keď so zreteľom na svoje plnenia musí byť dostatočne zabezpečený, nemusí sa vopred púšťať do nákladných výdavkov pred uzatvorením individuálnej zmluvy s poistencom. Napokon počet poistencov trpiacich syndrómom tzv. diabetickej nohy, ktorí môžu osloviť tento hospodársky subjekt, je vopred známy, takže môže mať vopred rozumný odhad, pokiaľ ide o využitie plnení.

75 V dôsledku toho prevažné riziko spojené s vykonávaním predmetných činností, teda prvok charakterizujúci situáciu koncesionára v rámci verejnej koncesie na služby v prejednávanej veci, neznáša hospodársky subjekt.

76 Na tretiu položenú otázku je teda potrebné odpovedať tak, že v prípade, v ktorom sa poskytovanie služieb preukáže v dotknutej verejnej zákazke ako prevažujúce vo vzťahu k dodávke tovaru, zmluva, aká je vo veci samej uzatvorená medzi zdravotnou poisťovňou založenou zákonom a hospodárskym subjektom, v ktorej sú stanovené odmeny za rôzne formy zabezpečenia starostlivosti, ktoré má poskytovať tento hospodársky subjekt, ako aj doba platnosti tejto zmluvy, pričom uvedený hospodársky subjekt preberá povinnosť poskytovať plnenia poistencom, ktorí o to požiadajú, a uvedená poisťovňa je jediným dlžníkom vyplácajúcim odmenu tomu istému hospodárskemu subjektu za jeho úkony, sa má považovať za „rámcovú zmluvu“ v zmysle článku 1 ods. 5 smernice 2004/18.

O trovách

77 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdnym dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (štvrtá komora) rozhodol takto:

1. **Článok 1 ods. 9 druhý pododsek písm. c) prvá alternatíva smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby sa má vykladať v tom zmysle, že ide o financovanie z väčšej časti štátom, keď činnosti zdravotných**

poisťovní založených zákonom sú financované predovšetkým z príspevkov platených poistencami, ktoré sú uložené, vypočítané a vyberané podľa pravidiel verejného práva, akými sú pravidlá vo veci samej. Také zdravotné poisťovne sa majú považovať za inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, a teda za verejných obstarávateľov na účely uplatnenia pravidiel tejto smernice.

2. **Pokiaľ predmetom zmiešanej verejnej zákazky sú výrobky aj služby, kritérium, ktoré sa má uplatniť na vymedzenie, či sa predmetná zákazka má považovať za verejnú zákazku na dodávku tovaru, alebo za verejnú zákazku na služby, je príslušná hodnota výrobkov a služieb obsiahnutých v tejto zákazke. V prípade poskytnutia tovarov, ktoré sú vyrobené a individuálne prispôsobené požiadavkám každého zákazníka a o ktorých použití sa vedú individuálne konzultácie s každým zákazníkom, sa zhotovenie týchto tovarov má zaradiť do časti „dodávka“ v uvedenej zákazke na účely výpočtu hodnoty každej jej zložky.**

3. **V prípade, v ktorom sa poskytovanie služieb v dotknutej verejnej zákazke preukáže ako prevažujúce vo vzťahu k dodávke tovaru, zmluva, aká je vo veci samej uzatvorená medzi zdravotnou poisťovňou založenou zákonom a hospodárskym subjektom, v ktorej sú stanovené odmeny za rôzne formy zabezpečenia starostlivosti, ktoré má poskytovať tento hospodársky subjekt, ako aj doba platnosti tejto zmluvy, pričom uvedený hospodársky subjekt preberá povinnosť poskytovať plnenia poistencom, ktorí o to požiadajú, a uvedená poisťovňa je jediným dlžníkom vyplácajúcim odmenu tomu istému hospodárskemu subjektu za jeho úkony, sa má považovať za „rámcovú zmluvu“ v zmysle článku 1 ods. 5 smernice 2004/18.**

Podpisy