

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ

Г-Н J. MAZÁK

представено на 16 декември 2008 година¹

1. С настоящото преюдициално запитване отделението в областта на обществените поръчки при Oberlandesgericht Düsseldorf (Германия) иска от Съда да даде тълкуване на Директива 2004/18/ЕО в контекста на германските обществени здравноосигурителни каси². Запитващата юрисдикция иска по същество да се установи дали тези каси представляват публичноправни организации — и следователно възлагащи органи — и как следва да се класифицира поръчката, която е предмет на спора.

„Възлагащи органи“ са държавата, регионалните или местните органи, публичноправните организации или асоциации от един или няколко такива органи или от една или няколко публичноправни организации.

„Публичноправна организация“ е всяка организация:

I — Правна уредба

а) създадена със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес [без промишлен или търговски характер];

A — Общностна правна уредба

2. Член 1, параграф 9 от Директива 2004/18 гласи:

б) която има правосубектност и е

¹ — Език на оригиналния текст: английски.

² — Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги (ОВ L 134, стр. 114; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 8, стр. 116 (поправка ОВ L 182, 2008 г., стр. 282; наричана по-нататък „Директивата“).

в) финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации; или е обект на

управленски контрол от последните; или има административен, управителен или надзорен орган, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местните органи или от други публичноправни организации.

публичноправни организации, посочени в приложение III, когато на основата на нотификациите от държавите членки това се окаже необходимо“.

Неизчерпателни списъци на публичноправните организации и категориите публичноправни организации, които удовлетворяват критериите по букви а), б) и в) от втора алинея, са включени в приложение III. Държавите членки периодично уведомяват Комисията за всички промени в своите списъци на организации и категории организации.“

3. Дял III, категория 1.1 на приложение III към директивата постановява следното по отношение на Германия: „Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) [социалноосигурителни институции, [здрaвоосигурителни каси, пенсионни осигурителни фондове] и осигурителни фондове срещу злополука]“.

4. Член 79 от директивата, озаглавен „Изменения“, гласи, че „[в] съответствие с процедурата, посочена в член 77, параграф 2, Комисията може да изменя [...] г) списъците на организациите и категориите

5. Член 1 от директивата, озаглавен „Определения“, предвижда:

„2. а) „Обществени поръчки“ са писмени договори с определен паричен интерес, сключени между един или повече икономически оператори и един или повече възлагащи органи, с обект изпълнение на строителство, доставяне на стоки или предоставяне на услуги по смисъла на настоящата директива.

[...]

в) „Обществени поръчки за доставки“ са обществени поръчки, различни от тези по буква б), които имат за обект покупката, наемането, финансовия лизинг или лизинга, със или без правото на закупуване, на стоки.

[...]

и един или повече икономически оператори, чиято цел е да се определят условията на поръчките, които следва да бъдат възложени в рамките на определен период, по-специално относно цените и, при възможност — предвидените количества.

- г) „Обществени поръчки за услуги“ са обществени поръчки, различни от обществените поръчки за строителство или обществените поръчки за доставки, с обект предоставянето на услуги, посочени в приложение II.

[...]“

Обществена поръчка с обект едновременно стоки и услуги по смисъла на приложение II се разглежда като „обществена поръчка за услуги“, ако стойността на съответните услуги надвишава тази на стоките обект на поръчката.

6. Съгласно член 32, параграф 2 от тази директива „[п]ри сключване на рамково споразумение възлагащите органи следват процедурните правила, предвидени в настоящата директива [...]“.

[...]

7. Член 21 от директивата предвижда, че „[в]ъзлагането на поръчки с обект услуги, включени в приложение II Б, се подчинява единствено на член 23 и член 35, параграф 4“.

4. „Концесия за услуги“ е договор от същия вид като обществена поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата, или в това право заедно с плащане.

8. Обектът на приложение II Б, категория 25 са „Услуги на здравеопазването и социалните дейности“.

5. „Рамково споразумение“ е споразумение между един или повече възлагащи органи

9. Съгласно член 22 от директивата „[п]оръчки с обект услуги, включени едновременно в приложение II А и приложение

II Б, се възлагат в съответствие с членове от 23 до 55, когато стойността на услугите, включени в приложение II А, е по-голяма от стойността на услугите, включени в приложение II Б. В останалите случаи поръчките се възлагат в съответствие с член 23 и член 35, параграф 4³.

10. Накрая, член 1, параграф 4 от Директива 1999/44/ЕО³ предвижда, че „[А]о-говорите за доставка на потребителски стоки, които са изработени или произведени, също се считат за договори за продажба по смисъла на настоящата директива“.

Б — Национална правна уредба

11. Германската система за обществено здравеопазване, както и организацията и финансирането на обществените здравноосигурителни каси в тази страна са уредени в книги IV и V от Sozialgesetzbuch (Кодекс на социалното осигуряване, наричан по-нататък „SGB“). Параграф 1, алинея 1 от SGB предвижда, че като общност, основана на принципа на солидарността, тези каси имат за задача закрилата, възстановяването или подобряването на здравословното състояние на осигурените лица.

3 — Директива на Европейския парламент и на Съвета от 25 май 1999 година относно някои аспекти на продажбата на потребителски стоки и свързаните с тях гаранции (ОВ L 171, стр. 12; Специално издание на български език, 2007 г., глава 15, том 5, стр. 89).

12. Обществените здравноосигурителни каси са публичноправни организации, които имат юридическа правосубектност и право на самоуправление. Макар лицата, за които се прилага задължителната осигурителна схема, да могат да избират здравноосигурителна каса, те не могат да избират между обществена и частна здравноосигурителна каса. Касите се финансират чрез: 1) задължителни вноски от осигурените лица; 2) преки плащания от федералната държава; и 3) компенсаторни плащания от схемата за финансово компенсиране, състояща се от различните обществени здравноосигурителни каси, и от механизма за компенсиране на структурния риск.

13. Размерът на вноските е в зависимост единствено от дохода на осигуреното лице, до прага на доход, използван при изчисляване на вноските. Други елементи като възрастта, предишните заболявания или броят на лицата, осигурени от него, са ирелевантни. На практика частта от вноската, която е дължима от осигуреното лице, се удържа от заплатата му от неговия работодател и се плаща на здравноосигурителната каса заедно с частта от вноската, която е дължима от работодателя. Плащането и събирането на вноските са задължителни по силата на разпоредбите на публичното право.

14. Размерът на вноските се определя не от държавата, а от обществените здравноосигурителни каси. Последните трябва да изчисляват вноските по такъв начин, че — прибавени към другите източници — те да покриват предвидените от закона разходи и да гарантират, че средствата за

осъществяване на дейност и предписаните от закона резерви са налични. Определянето на размера на вноската изисква разрешение от осъществяващия надзор над всяка здравноосигурителна каса публичноправен орган и размерът на вноските в определена степен е правно наложен. Той трябва да бъде определен по такъв начин, че произтичащите от това постъпления да не са нито по-ниски, нито по-високи от разходите. Тъй като по-голямата част от престациите, които следва да бъдат предоставяни, са определени от закона, съответната здравноосигурителна каса не може в някаква значителна степен да влияе пряко върху размера на своите разходи.

15. Разликите в разходите, които произтичат от различните структури на риска на осигурените лица, в голяма степен се смекчават чрез механизма за компенсиране на структурния риск. Има също определено „задължение за солидарност“ между здравноосигурителните каси. По този начин държавата индиректно гарантира изпълнението на задълженията от отделните каси. Здравноосигурителните каси имат право на самоуправление и са обект на държавен надзор. В германската система за здравеопазване правният надзор не се ограничава до обикновен контрол.

16. Определени мерки — като изменение на уставите на здравноосигурителните каси, определяне на размера на вноските, строителство и придобиване на земя или софтуер — изискват разрешение от осъществяващите надзор органи. Осъществява-

щите надзор органи са длъжни да проверяват търговското, счетоводното и оперативното управление на здравноосигурителните каси. Осъществяващият надзор орган може да изисква да бъдат предоставени документи и дадена информация. Предварителният бюджет на всяка здравноосигурителна каса трябва да бъде предоставен своевременно на компетентния осъществяващ надзор орган.

17. Тъй като в рамките на съответната система осигуреното лице чрез здравноосигурителната каса има право не на възстановяване на разходите, а на безплатен достъп до съответните услуги — т.нар. принцип за „престации в натура“ — обществените здравноосигурителни каси са насърчавани да сключват с различни доставчици многосекторни или интердисциплинарни договори за обслужване. Тези „договори за цялостно обслужване“ се сключват между касите и различни доставчици, които могат да предоставят лечение на осигурените лица. Те определят възнаграждението за различни формули на цялостното обслужване, които имат за цел да заплащат всички престации, към които осигурените лица могат да прибегват в рамките на обслужването. Здравноосигурителната каса е тази, която е страна по договора за цялостно обслужване и която трябва да изплаща дължимото на доставчика възнаграждение. Участието на осигурените лица в различните формули на системата е доброволно, но щом дадено осигурено лице избере такава формула, то е длъжно да ползва услугите на доставчика, с когото съответната здравноосигурителна каса е сключила такъв договор.

II — Спорът по главното производство и преюдициалните въпроси

18. С обявление, публикувано през юни 2006 година в списание „Orthopädie-Schuh-technik“, AOK Rheinland — обществена здравноосигурителна каса, която се слива с AOK Hamburg и по този начин формира здравноосигурителната каса — ответник в главното производство (наричана по-нататък „АОК“), кани производителите на ортопедични обувки да представят оферти за изработването и доставката на обувки, пригодени за синдрома на диабетното стъпало, в рамките на схемата за цялостно обслужване по смисъла на параграф 140а и сл. на SGB V за периода 1 септември—31 декември 2006 г. Престациите, които следва да бъдат предоставени, са били класирани според тяхната стойност в различни тарифни категории, за които оферентът е трябвало да посочи своите цени. В раздела „Специални условия“ е било посочено, че пациентите, които са снабдени със здравноосигурителна карта и надлежно лекарско предписание, трябва да се обръщат директно към производителя на ортопедични обувки, без да е необходима декларация за поемане на разходите от АОК. Задачата на изпълнителя се е състояла в изработването и проверката на индивидуално приспособени ортопедични обувки, като е трябвало да се дават подробни съвети преди вземането на мярка, при доставянето и в хода на предписаните контролни прегледи. Плащанията е трябвало да се извършват от АОК, с изключение на допълнителните такси, дължими от пациентите.

19. Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (наричано по-нататък „Oymanns“), което е предприятие

за ортопедични обувки, представя оферта, след което внася жалба за извършени нарушения на разпоредбите за възлагане на обществени поръчки. Твърденията за нарушения са отхвърлени от АОК, поради това че разпоредбите на правото в областта на обществените поръчки не са били приложими. Oymanns започва производство за преразглеждане на обществената поръчка пред отделението в областта на възлагането на обществени поръчки, който отхвърля искането за преразглеждане. Тогава Oymanns подава жалба срещу това решение до запитващата юрисдикция.

20. Oberlandesgericht Düsseldorf решава да спре производството и да постави на Съда следните преюдициални въпроси:

„1) а) Трябва ли условието за „финансиране от държавата“, съдържащо се в член 1, параграф 9, втора алинея, буква в), първа хипотеза от директивата, да се тълкува в смисъл, че държавата налага задължение за здравно осигуряване, както и задължение за плащане на вноски — чийто размер е в зависимост от дохода — на съответната здравноосигурителна каса, като последната определя размера на вноската, но здравноосигурителните каси са взаимно свързани чрез система за солидарно финансиране, която е по-подробно изложена в мотивите, и изпълнението на задълженията на всяка здравноосигурителна каса е гарантирано?

б) Трябва ли условието, съдържащо се в член 1, параграф 9, втора алинея, буква в), втора хипотеза, според което организацията „е обект на управленски контрол от последните“, да се тълкува в смисъл, че наличието на държавен правен надзор върху настоящи или бъдещи дейности — към който се прибавят евентуално други възможности за намеса на държавата, изложени в мотивите — е достатъчно, за да бъде изпълнено това условие?

директивата — да се тълкува в смисъл, че може да се разглежда и като „концесия за услуги“ възлагане на поръчка, при което:

— решението относно това дали и в какви случаи на изпълнителя се възлагат специфични поръчки се взема не от възложителя, а от трети лица,

2. В случай че на първия въпрос — буква а) или буква б) — следва да се даде положителен отговор, трябва ли член 1, параграф 2, букви в) и г) от директивата да се тълкуват в смисъл, че предоставянето на стоки, които са произведени и индивидуално приспособени по отношение на тяхната форма в зависимост от изискванията на всеки клиент и за използването на които всеки клиент следва да бъде лично консултиран, трябва да се разглежда като „обществени поръчки за доставки“ или като „обществени поръчки за услуги“? Следва ли в това отношение да се взема предвид само стойността на различните престации?

— заплащането на изпълнителя се извършва от възложителя, тъй като по закон само последният е длъжен да предоставя възнаграждение и е задължен спрямо третите лица за изпълнението на услуги, и

— изпълнителят не е длъжен да предостави или предложи каквато и да е престация преди третото лице да се обърне към него?“

3. В случай че посоченото във втория въпрос предоставяне трябва или би могло да се разглежда като „предоставяне на услуги“, следва ли член 1, параграф 4 от директивата — за разлика от рамково споразумение по смисъла на член 1, параграф 5 от

21. Oymanns, AOK и Комисията представят писмени становища. Страните са изслушани в съдебното заседание от 19 юни 2008 г.

III — Анализ

държавата и че тяхното управление е обект на държавен надзор.

A — Първи въпрос

22. С първия си въпрос *Oberlandesgericht Düsseldorf* иска да се установи по същество дали здравноосигурителните каси трябва да се разглеждат като публичноправни организации по смисъла на Директива 2004/18, тъй като в Германия съществува спор дали обществените здравноосигурителни каси трябва да се разглеждат като публичноправни организации, независимо от това, че са посочени в приложение III към директивата.

24. АОК, ответникът в главното производство, изтъква, че вписването в приложение III към Директива 2004/18 е просто с указателен характер. Що се отнася до финансирането от страна на държавата, то следва да произтича директно от обществени средства. Накрая, АОК по същество изтъква, че държавните власти упражняват единствено правен надзор.

1. Основни доводи на страните

23. *Oumanns*, жалбоподателят в главното производство, изтъква, че фактът по вписване на германските здравноосигурителни каси в приложение III към Директива 2004/18 представлява необорима презумпция, че общностният законодател е считал тези каси за публичноправни организации. *Oumanns* по същество твърди, че здравноосигурителните каси се финансират в по-голямата част от

25. *Комисията* отбелязва, че здравноосигурителните каси са посочени изрично в приложение III към директивата и следователно счита, че те трябва да бъдат квалифицирани като публичноправни организации. В допълнение Комисията по същество твърди, че въпросните каси отговарят на условията за такава квалификация.

2. Преценка

26. Съгласно член 1, параграф 9 от Директива 2004/18, за да се установи дали разглежданите в главното производство здравноосигурителни каси представляват възлагащи органи, те трябва да удовлетворяват условията, позволяващи да бъдат определени като публичноправни организации.

27. Във връзка с това, както отбелязва генералният адвокат Ruiz-Jarabo Colomer по дело Bayerischer Rundfunk и др.⁴, „постоянната съдебна практика на Съда изисква самостоятелното общностно понятие за възлагащ орган да бъде тълкувано функционално⁵ и разширително⁶, като се държи сметка за целта да се избегне опасността от даване на предпочитание на национални оференти или кандидати при всяко възлагане на обществена поръчка, осъществено от възлагащите

органи, и възможността финансирана или контролирана от държавата структура да се остави да бъде ръководена от съображения, които не са икономически“⁷.

28. Първо, германските обществени здравноосигурителни каси са посочени изрично в приложение III към директивата. Това приложение съдържа неизчерпателен списък на публичноправните организации на държавите членки, за които се счита, че „удовлетворяват критериите по [член 1, параграф 9]“ от директивата.

29. Следва да се отбележи, че държавите членки не могат да променят едностранно приложение III към директивата. Член 1, параграф 9 от тази директива предвижда, че държавите членки трябва да уведомяват Комисията за всички промени в своите списъци на публичноправни организации. От член 79 от директивата⁸ следва, че само Комисията може да изменя „списъците на организациите и категориите публичноправни организации, посочени в приложение III, когато на основата на нотификациите от държавите членки това се окаже необходимо“. Когато прави това,

4 — Точка 66 от Решение от 13 декември 2007 г. (C-337/06, Сборник, стр. I-11173).

5 — Вж. Решение от 10 април 2008 г. по дело Ing. Aigner (C-393/06, Сборник, стр. I-2339, точка 37), което се позовава на Решение по дело Bayerischer Rundfunk и др., посочено по-горе, точки 36 и 37, както и цитираната съдебна практика. Генералният адвокат Ruiz-Jarabo Colomer тук се позовава между другото на Решение от 27 февруари 2003 г. по дело Adolf Truley (C-373/00, Recueil, стр. I-1931, точка 41) и Решение от 16 октомври 2003 г. по дело Комисия/Испания (C-283/00, Recueil, стр. I-11697, точка 73).

6 — В Решение по дело Adolf Truley, посочено по-горе, точка 43, Съдът приема, че „с оглед на тази двойна цел за откриване към конкуренцията и за прозрачност понятието за публичноправна организация трябва да се схваща в широк смисъл“. Тук генералният адвокат Ruiz-Jarabo Colomer се позовава на Wollenschläger, F. „Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes“. — Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht. No 8/2005, p. 345.

7 — Генералният адвокат Ruiz-Jarabo Colomer се позовава тук на Решение от 3 октомври 2000 г. по дело University of Cambridge (C-380/98, Recueil, стр. I-8035, точка 17), Решение от 12 декември 2002 г. по дело Universale-Bau и др. (C-470/99, Recueil, стр. I-11617, точка 52) и Решение по дело Adolf Truley, посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 42.

8 — Озаглавен „Изменения“.

Комисията е длъжна да спазва процедурата по комитология⁹. От представените пред Съда документи следва, че към днешна дата процедурата по комитология не е била задействана по отношение на германските здравноосигурителни каси.

30. В светлината на казаното по-горе считам, че фактът, че германските здравноосигурителни каси са посочени в приложение III към директивата, поражда презумпция, че те следва да се разглеждат като възлагащи органи по смисъла на директивата¹⁰. Макар съдържащият се в приложение III списък да не е изчерпателен, с приемането на този списък общностният законодател е посочил някои структури, които по негово мнение трябва да бъдат квалифицирани като публичноправни организации¹¹. Освен

това списъкът в приложение III може да се променя само при спазване на процедурата по комитология, посочена по-горе¹².

31. В това отношение бих отбелязал, че позицията на общностния законодател е отразена в решение на Bundesverfassungsgericht (Федералния конституционен съд) от 31 януари 2008 г.¹³, в което този съд постановява, че местните здравноосигурителни каси са публичноправни организации.

32. Независимо от това, възнамерявам да докажа, че германските здравноосигурителни каси следва във всеки случай да бъдат квалифицирани като възлагащи органи.

33. Определението на „възлагащ орган“, дадено в член 1, параграф 9 от Директива 2004/18, следва формулировката на входните директиви в областта на обществените поръчки. Всъщност тази директива до голяма степен представлява преработка или консолидация на разпоредбите

9 — Член 79 от директивата се позовава на процедурата, посочена в член 77, озаглавен „Консултативен комитет“, според който членове 3 и 7 от Решение 1999/468/ЕО на Съвета от 28 юни 1999 година за установяване на условията и реда за упражняване на изпълнителните правомощия, предоставени на Комисията (ОВ L 184, стр. 23; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 2, стр. 159) се прилагат, като се вземат предвид разпоредбите на член 8 от него.

10 — Обикновено дадена структура би трябвало да има възможността да представи доводи, за да докаже защо тя не трябва (повече) да се разглежда като публичноправна организация по смисъла на директивата, но в дадения случай това не е установено.

11 — Този прочит изглежда в съответствие с Решение по дело Adolf Truley, посочено в бележка под линия 5, където Съдът приема в точка 44, че „ако някоя конкретна организация не е посочена в списъка по приложение I към Директива 93/37, нейното правно и фактическо положение трябва да бъде определено във всеки отделен случай, за да може да се прецени дали тази организация задоволява нужда от обществен интерес или не“. Вж. също Trepte, P. Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide. 2. ed., Oxford University Press, 2007, р. 102, 2.21: „несъмнено е било счтено за необходимо да се направи списък на онези организации във всички държави членки, за които по онова време се е считало, че се обхващат от това понятие. Това би означавало, че списъците [...] посочват онези структури, които могат най-малкото [курсивът е мой] да се разглеждат като публичноправни юридически лица“. Trepte отбелязва също, че Съдът използва организациите, включени в съдържащите се в приложението списъци, като примери за съответните видове организации и посочва Решение от 10 ноември 1998 г. по дело BFI Holding (C-360/96, Recueil, стр. I-6821, точка 51) и Решение от 10 май 2001 г. по съединени дела Agorà и Excelsior (C-223/99 и C-260/99, Recueil, стр. I-3605, точка 37).

12 — Вж. точка 20 от заключението на генералния адвокат Alber по дело University of Cambridge, посочено по-горе в бележка под линия 7. Сходно тълкувание дава Chiti, M. P. — In: The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law. — European Public Law. Vol. 8, No 4, 2002, р. 489. Вж. също Решение по дело Adolf Truley, посочено в бележка под линия 5, точка 39, където Съдът приема, че „точността [на споменатия списък] варира съществено в отделните държави членки“.

13 — 1 BvR 2156/02.

на всички предходни директиви за възлагане на обществени поръчки¹⁴.

34. Съдът приема, че съгласно установената съдебна практика имат кумулативен характер условията, съдържащи се в член 1, параграф 9 от директивата — а именно съответната организация i) да е създадена със специфичната цел да задоволява нужди от обществен интерес без промишлен или търговски характер; ii) да има юридическа правосубектност; и iii) да е финансирана в по-голямата част от държавата, регионалните или местните органи или други публичноправни организации; или е обект на управленски контрол от последните; или има административен, управителен или надзорен орган, повече от половината членове на който са назначени от държавата, регионалните или местните органи или от други публичноправни организации¹⁵. Що се отнася обаче до третото условие за „тясна зависимост на дадения орган от държавата“, Съдът приема, че различните му елементи имат алтернативен характер¹⁶.

35. Както е видно от документите, представени пред Съда, не се оспорва фактът, че първите две от посочените по-горе три условия в настоящия случай са изпълнени.

14 — Вж. Решение по дело Ing. Aigner, посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 51, която съдържа препращане в същия смисъл към дело Bayerischer Rundfunk и др., посочено в бележка под линия 4, точка 30.

15 — Вж. Решение по дело Ing. Aigner, посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 36, която съдържа препращане към Решение по дело Комисия/Франция (C-237/99, Recueil, стр. I-939, точка 40) и цитираната съдебна практика. Вж. също Решение по дело Adolf Truley, посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 34 и цитираната съдебна практика.

16 — Вж. Решение по дело Adolf Truley, посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 68, която препраща по-специално към точка 20 от Решение по дело University of Cambridge, посочено по-горе в бележка под линия 7, и Решение по дело Комисия/Франция, посочено по-горе в бележка под линия 15, точка 44.

36. Като отчитам това, ще концентрирам следователно вниманието си върху третия елемент за достатъчна близост с държавата. Във връзка с това условие е необходимо по-конкретно да се анализира дали здравноосигурителните каси i) са финансирани от държавата и/или ii) са обект на управленски контрол от нея.

37. Първо, що се отнася до първата хипотеза — финансиране от държавата, — от Решение по дело Bayerischer Rundfunk и др.¹⁷ следва, че не само пряко финансиране от държавата, а и непряко финансиране е достатъчно, за да се удовлетвори дефиницията. В специфичния контекст на радио- и телевизионното разпръскване Съдът приема, че изразът „финансиран в по-голямата част от държавата“ следва да се тълкува като означаващ, че такова финансиране съществува, когато: i) са налице дейности на публичноправни организации за радио- и телевизионно разпръскване, натоварени със задачи от обществен интерес, независими от държавната власт, самоуправляващи се и организирани по начин, който изключва влияние от страна на публичните власти; и ii) тези дейности в по-голямата част са финансирани от вноската, събирана от притежателите на приемници, която е наложена, изчислявана и събирана съгласно правилата на сключени за тази цел държавни договори и не произтича от договорно споразумение, сключено между тези организации и клиентите.

38. Настоящото дело е сходно, доколкото финансирането на обществените здрав-

17 — Посочено по-горе в бележка под линия 4.

ноосигурителни каси става чрез задължителни вноски, които са определени от закона. В това отношение според мен няма особено значение дали дадена организация получава финансови средства пряко от държавата посредством данък или непряко¹⁸, посредством задължителни вноски, определени от закона.

39. От представените пред Съда документи е видно, че този довод се потвърждава от факта, че в хода на планирани в Германия реформи (за опростяване събирането на вноските и механизма за компенсиране на структурния риск) е било обмисляно събирането на вноски да се повери на централен национален орган (здравен фонд), който тогава да предоставя на здравноосигурителните каси (рисково претеглени) вноски за всеки член.

40. Следва да се отбележи, че много голяма част от населението в Германия (около 90 %) е осигурено в такава каса

в съответствие с изискването на закона и че финансирането на тези каси е гарантирано чрез задължително членство и вноски. Комисията се позовава на информацията, предоставена от германското федерално министерство на здравеопазването, според която вноските съставляват 95 % от постъпленията на касите.

41. Освен това размерът на вноските е в зависимост единствено от дохода на осигуреното лице, като не може да превишава пределния доход за изчисляване на вноските. Още повече, тъй като финансирането им е гарантирано от държавата, касите се ползват от особено положение спрямо своите конкуренти (а именно частните здравноосигурителни каси). Задължението за предоставяне на престации не зависи от действителното плащане на осигурителни вноски. В това отношение предоставяните от здравноосигурителните каси услуги не представляват „конкретна насрещна престация“ за предоставените здравни услуги по смисъла на практиката на Съда¹⁹.

42. Запитващата юрисдикция прокарва разлика между настоящото дело и ситуацията по дело *Bayerischer Rundfunk* и др.²⁰, доколкото тук размерът на вноските е определен не от държавата, а от обществената здравноосигурителна каса.

18 — Вж. в тази връзка Решение от 17 декември 1998 г. по дело *Connemara Machine Turf* (C-306/97, Recueil, стр. I-8761, точка 34). Вж. също така напр. *Brown, A. Whether German public broadcasters are financed for the most part by the State so as to fall within the EU Procurement Directives: Bayerischer Rundfunk* (C-337/06). — *Public Procurement Law Review*. No 4/2008, p. 127.

19 — Решение по дело *University of Cambridge*, посочено по-горе в бележка под линия 7, точка 21.

20 — Посочено по-горе в бележка под линия 4.

43. В това отношение трябва да се напомни, че от акта за преюдициално запитване е видно, че за определянето на размера на вноските се изисква разрешение от осъществяващите надзор държавни органи. Освен това законът точно определя как следва да се изчислява този размер и че набраните постъпления не могат да бъдат по-ниски или по-високи от разходите. Тъй като по-голямата част от престациите, които следва да бъдат предоставяни, са определени от закона, съответната здравноосигурителна каса до голяма степен не може да влияе пряко върху размера на разходите и в резултата на това — върху определянето на размера на вноските.

44. Следователно в светлината на предходните съображения считам, че здравноосигурителните каси отговарят на третото условие (първа хипотеза), тъй като те са финансирани в по-голямата част от държавата.

45. Що се отнася до втората хипотеза, а именно степента на близост с държавата посредством контрола, в Решение по дело *Adolf Truley* Съдът приема, че в светлината на съдебната практика „критерият за управленски контрол не е изпълнен в хипотезата на обикновен контрол *a posteriori*, тъй като по дефиниция подобен контрол не позволява на публичните власти да оказват влияние върху решенията на съответната организация в областта на обществените поръчки“²¹. Както е видно обаче от доводите, развити в точки 17—19

от настоящото заключение, и както поддържа запитващата юрисдикция, управленският контрол в рамките на германската схема за общественото здравно осигуряване не се ограничава до „контрол *a posteriori*“ по смисъла на тази съдебна практика.

46. В дело *Adolf Truley*²² Съдът потвърждава, че критерият за управленски контрол „е изпълнен обаче, когато публичните органи контролират не само годишните счетоводни отчети на съответната организация, но и нейното поведение от гледна точка на надлежната счетоводна отчетност, надеждността, доброто стопанисване, ефективността и целесъобразността“, което, както изглежда, е случаят в главното производство. Комисията правилно посочва, че изпълнението на критерия за управленски контрол вече следва от изключително подробния характер на приложимата правна уредба, и по-конкретно SGB V. Тази правна уредба регламентира също така правоотношенията между касите и различните доставчици на услуги — като лекари, зъболекари, фармацевти и т.н. Законът определя и задачите, които следва да бъдат изпълнявани от здравноосигурителните каси, начините за постигането им и схемата, по която те трябва да се финансират. На последно място, осъществяващите надзор органи притежават правомощието да се намесват пряко в организацията на касите.

21 — Посочено по-горе в бележка под линия 5, точка 70.

22 — Ibid., точка 74.

47. За разлика от твърдението на АОК, че не е възможно да се осъществява ефективен управленски контрол, тъй като публичните органи не разполагат с правомощието да отменят решенията на касите в областта на обществените поръчки, аз считам, че това, което е релевантно в случая, е една обща зависимост от възлагащия орган, а не това дали има влияние върху конкретни договори. Следователно не би трябвало да е необходимо да се доказва, че съществуващият управленски контрол се отнася до процеса на възлагане на обществените поръчки²³.

48. Мога да направя няколко сравнения с дело Комисия/Франция²⁴. Първо — както в това дело — тук също става въпрос за ситуация, при която дейностите на здравноосигурителните каси „са много тясно ограничени“. Второ, както Съдът също приема в посоченото дело, очевидно е и това, че „тъй като правилата за управление са твърде подробни, обикновеният надзор върху тяхното спазване сам по себе си може да доведе до предпоставянето на значително влияние на публичните органи“. Трето, както и в настоящото дело, осъществяващият надзор орган е оправомощен „да разпорежи ликвидацията [на дадена каса] [...] и [...] да прекрати дейността на управителните

органи, [сам да поеме управлението] или да назначи временен администратор“. Четвърто, в посоченото по-горе решение Съдът постановява, че дори ако упражняването на споменатите правомощия, вменени на компетентния орган, „всъщност е изключението, това изключение все пак предполага постоянен контрол, който осигурява единствения начин да се открие пропуск [в управлението]“.

49. На последно място, фактът, че критерият за управленски контрол е изпълнен в настоящия случай, се потвърждава и от едно решение на Bundesverfassungsgericht²⁵, цитирано от запитващата юрисдикция, в което Bundesverfassungsgericht приема, че на здравноосигурителните каси „само в изключително скромна степен е призната управленска автономия в смисъл на възможност да възприемат поведение, за което те носят отговорността“, и че на тях „до голяма степен е отказано правото да определят на собствена отговорност своите устави, организация, вноски, както и престации“.

23 — Вж. Arrowsmith, S. The Law of Public and Utilities Procurement. Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, р. 260, 5.7. В тази връзка генералният адвокат Alber в точка 37 от своето заключение по дело University of Cambridge, посочено по-горе в бележка под линия 7, заявява: „несъмнено в Решение по дело Connemara Machine Turf [...] и Решение по дело Комисия/Ирландия Съдът е приел, че за да може дадено образование да бъде квалифицирано като възлагащ орган в Ирландия, необходимо е то да упражнява контрол върху възлагането на обществените поръчки (в това отношение е сметено за достатъчно този контрол да бъде упражняван непряко, тоест без разпореждане, която да го предвижда изрично)“.

24 — Решение, посочено по-горе в бележка под линия 15, точки 50, 52, 54 и 56.

50. От казаното дотук следва, че въпросните здравноосигурителни каси изпълняват и (втората хипотеза на) третото условие, тъй като те са обект на управленски контрол от страна на държавата.

25 — Решение от 9 юни 2004 г., DVBl. 2004, 1161, 1163.

51. От горното следва, че разглежданите в главното производство германски здравноосигурителни каси представляват публичноправни организации, защото са посочени за тази цел в приложение III към Директива 2004/18 и във всеки случай изпълняват всички определени в практиката на Съда условия, за да бъдат квалифицирани като такива.

54. АОК по същество твърди, че релевантният въпрос е как да се определи стойността на елемента „доставка“ и на елемента „услуги“, които, взети заедно, съставляват смесен договор. В случай подобен на този, като се остави настрана елементът „стойност“, трябва да се установи коя от доставките е „характерна за съдържанието на договора“.

Б — Втори въпрос

52. След като на първия въпрос бе даден утвърдителен отговор, с втория въпрос запитващата юрисдикция иска да се установи по същество дали спорната обществена поръчка представлява „обществена поръчка за доставки“ или „обществена поръчка за услуги“. Значението на това е, че квалифицирането като „обществена поръчка за доставки“ би довело до пълната приложимост на разпоредбите на Директива 2004/18.

55. Комисията по същество посочва, че разграничението между обществена поръчка за доставки и обществена поръчка за услуги се определя от член 1, параграф 2, буква г), втора алинея от директивата, който въвежда количествения критерий за стойност.

2. Преценка

1. Основни доводи на страните

53. Оутаннс по същество изтъква, че доставянето на стоки, които са индивидуални изработени, като цяло трябва да се счита за доставка на стоки.

56. На първо място, за разлика от запитващата юрисдикция аз считам, че Решение по дело Augoux и др.²⁶ — според което разграничението между обществена

²⁶ — Решение от 18 януари 2007 г. (С-220/05, Сборник, стр. I-385, точки 37 и 46).

поръчка за услуги и обществена поръчка за строителство би трябвало да се определя според основния *обект* на договора (качествен критерий) — не е приложимо за целите на разграничението между обществени поръчки за доставки и обществени поръчки за услуги.

57. Напротив, в това отношение член 1, параграф 2, буква г) от директивата предвижда, че „Обществена поръчка с обект едновременно стоки и услуги [...] се разглежда като „обществена поръчка за услуги“, ако *стойността* на съответните услуги [количествен критерий] надвишава тази на стоките обект на поръчката“ (курсивът е мой)²⁷. Тълкуването, че стойността е единственият критерий за определяне дали обществената поръчка се отнася за стоки или за услуги, се потвърждава и от формулировката на член 22 от директивата.

58. Тъй като въпросът за стойността е свързан с фактическа преценка, по него трябва да се произнесе запитващата юрисдикция. Според общото правило обаче става въпрос за обществена поръчка за доставки, ако стойността на дължимата в замяна на стоките насрещна престация е равна или по-голяма от тази, дължима в замяна на услугите. В противен случай договорът се счита за обществена поръчка за услуги²⁸.

59. Поради това ще бъде необходимо да се определи как следва да се разглежда производството на индивидуално приспособени обувки в контекста на цялостната доставка (която, наред с другото, се състои в изработването на обувки и свързаните с това услуги).

60. Независимо от това ми се струва, че *prima facie* индивидуалното изработване на обувки следва да се разглежда като част от доставката. Запитващата юрисдикция счита, че по предварително изчисление стойността на доставката на обувките би била по-висока от стойността на услугите, независимо от обширните задължения за консултиране. Освен това запитващата юрисдикция правилно отбелязва, че член 1, параграф 4 от Директива 1999/44 третира договорите за доставка на потребителски стоки, които са изработени, като договори за продажба, независимо дали те се отнасят до стандартни стоки или до такива, които са индивидуално приспособени към специфичната процедура за обществена поръчка (т.нар. „незаместими“ стоки). Това потвърждава, че преценката зависи от относителната стойност на изработените обувки и от консултациите.

61. Освен това Комисията правилно отбелязва, че Регламент (ЕО) № 2195/2002 на Европейския парламент и на Съвета относно Общия терминологичен речник, свързан с обществените поръчки²⁹, в който ортопедичните обувки са упоменати на няколко места, поражда презумпцията, че те представляват „стоки“, макар и за

27 — Като пример за дело, свързано едновременно със стоки и услуги, вж. Решение от 18 ноември 1999 г. по дело Teckal (C-107/98, Recueil, стр. I-8121).

28 — Вж. Arrowsmith, S. Op.cit., p. 332, 6.73, бележка под линия 23 и Trepte, P. Op.cit., p. 235, 4.107, бележка под линия 11.

29 — Регламент на Европейския парламент и на Съвета от 5 ноември 2002 година (ОВ L 340, стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 6, том 5, стр. 3).

тяхната употреба да се изисква предоставянето на консултация³⁰. На последно място, в съответствие с член 1, параграф 2, буква г), втора алинея може дори да се твърди, че въпросната поръчка по главното производство представлява обществена поръчка за доставка (доставка на стоки, *in casu* обувки), която освен това включва и много специфична форма на „операции по инсталиране“ (доставка на услуги, *in casu* подробни консултации относно употребата на стоката). Други примери биха могли да включват: поръчка за система за обработка на данни, която включва както хардуер (стоки), така и изработен по поръчка софтуер или поръчка както за доставката на стоки (например автомобили), така и за тяхната поддръжка³¹.

62. Следователно на втория поставен въпрос следва да се отговори, че предоставянето на стоки, които са индивидуално изработени и приспособени, що се отнася до тяхната форма, в зависимост от нуждите на конкретния клиент и за използването на които отделният клиент следва да бъде консултиран, трябва да бъде квалифицирано като „обществена поръчка за доставки“ или като „обществена поръчка за услуги“ в зависимост от стойността на подлежащите на преценка конкретни услуги, което е фактически въпрос, по който трябва да се произнесе запитващият съд.

30 — Освен това германският закон предвижда, че обувките от този вид представляват „помощни средства“, независимо дали са произведени серийно или по поръчка (параграф 128 от SGB V, категория 31 „Обувки“).

31 — Вж. Atgrowsmith, S. Op.cit., 331, 332, 6.73, бележка под линия 23.

В — Трети въпрос

63. Ако посочената във втория въпрос доставка следва да бъде квалифицирана като „услуга“, с третия си въпрос запитващата юрисдикция по същество иска да се установи дали „концесия за услуги“ — за разлика от „рамково споразумение“ — намира приложение в обстоятелства като тези по главното производство. Запитващата юрисдикция отбелязва, че квалифицирането като „обществена поръчка за услуги“ въз основа на националното законодателство води до прилагането на някои разпоредби от законодателството за обществените поръчки, в резултат на което жалбата на Oymanns би била поне частично уважена, докато тя би следвало да бъде изначално отхвърлена, ако договорът се разглежда като „концесия за услуги“.

1. Основни доводи на страните

64. Oymanns твърди, че схемата за цялостно обслужване представлява рамково споразумение, тъй като тя просто опре-

деля рамката, приложима към отделните договори — които ще се сключат на покъсен етап, — и по-конкретно ценообразуването.

ната престация за предоставянето на услугите се състои или единствено в правото да се експлоатира услугата, или в това право заедно с плащане“.

65. АОК по същество твърди, че предвидените в контекста на схемата за цялостно обслужване доставки представляват концесия за услуги; рамковото споразумение не е приложимо, тъй като здравноосигурителната каса губи контрол върху останалата част от процедурата, поради това че сключва своя договор с доставчика.

68. От друга страна, „рамково споразумение“ е определено като „споразумение между един или повече възлагащи органи и един или повече икономически оператори, чиято цел е да се определят условията на поръчките, които следва да бъдат възложени в рамките на определен период, по-специално относно цените и при възможност — предвидените количества“.

66. *Комисията* по същество поддържа, че споразумението между здравноосигурителната каса и даден доставчик представлява рамково споразумение.

2. Преценка

67. От една страна, директивата определя „концесия за услуги“ като „договор от същия вид като обществена поръчка за услуги с изключение на факта, че насрещ-

69. Първо, съгласен съм с Ouymanis, че въпросното споразумение не може да бъде концесия за услуги, тъй като отговорна за осигуряване на възнаграждение е здравноосигурителната каса, а не пациентът, с изключение на малки вноски. В това отношение уместно е позоваване на дело *Parking Brixen*³². Схемата за цялостно обслужване не може да се квалифицира като концесия за услуги, тъй като последната включва прехвърляне на правото да се експлоатира определена услуга и концесионерът носи целия или по-голямата част от икономическия риск, свързан с експлоатацията. В конкретния случай от доставчика

32 — Решение от 13 октомври 2005 г. (C-458/03, Recueil, стр. I-8585, точки 39 и 40).

не се изисква да предоставя каквато и да било услуга преди сключването на индивидуален договор с осигурено лице. Следователно той не получава като компенсация никакво предварително право да експлоатира услуга³³. От доставчика се изисква да предостави своята услуга при поискване от осигуреното лице, без обаче никаква възможност да преговаря относно цената или собственото си възнаграждение, което е договорено със здравноосигурителната каса и ще му бъде изплатено от последната. При това положение доставчикът не носи никакъв икономически риск по смисъла на посочената по-горе практика на Съда.

впоследствие индивидуални договори от доставчика се изисква да достави обувките, а от здравноосигурителната каса — да изплати възнаграждението му. Фактът, че доставчикът не знае предварително дали и в каква степен осигуреното лице ще потърси услугите му, представлява една от характерните черти на рамковото споразумение съгласно член 1, параграф 5 от директивата. Тук бих добавил, че дори ако запитващата юрисдикция определи въпросната доставка като „обществена поръчка за услуги“, по мое мнение въпросната доставка пак би била квалифицирана като рамково споразумение, а не като концесия за услуги.

70. Считаю, че Комисията правилно квалифицира споразумението между здравноосигурителната каса и даден доставчик като почти класически пример за рамково споразумение, тъй като то определя условията относно доставката и консултациите за услугите, които ще се предоставят през определен период от време. Едва въз основа на сключените

71. С оглед на казаното по-горе на третия въпрос следва да се отговори, че ако посоченото във втория въпрос предоставяне на стоки бъде класифицирано като „услуга“, член 1, параграф 4 от директивата — за разлика от „рамково споразумение“ по смисъла на член 1, параграф 5 от директивата — следва да се тълкува в смисъл, че доставка на стоки като разглежданата в главното производство не трябва да се разглежда като „концесия за услуги“.

33 — В Решение по дело Telaustria Verlag от 7 декември 2000 г. (C-324/98, Recueil, стр. I-10745, точка 30) (във връзка с предходната Директива 93/38/ЕИО на Съвета от 14 юни 1993 година относно координирането на процедурите за възлагане на поръчки в секторите на водоснабдяването, енергетиката, транспорта и пощенските услуги, ОВ L 199, стр. 84) Съдът определя правото на експлоатиране на дадена услуга като „право да експлоатира с оглед на своето възнаграждение собствената си престация“. В настоящия случай съконтрагентът не е задължен да създаде и поддържа съпоструващи инфраструктури (помещения, персонал, оборудване), които да трябва да се изплащат посредством възнаграждение по силата на конкретни договори.

IV — Заключение

72. Следователно считам, че Съдът би трябвало да отговори на поставените от Oberlandesgericht Düsseldorf (Германия) въпроси по следния начин:

- 1) Разглежданите в главното производство германски здравноосигурителни каси представляват публичноправни организации, защото са посочени за тази цел в приложение III към Директива 2004/18/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 31 март 2004 година относно координирането на процедурите за възлагане на обществени поръчки за строителство, доставки и услуги и във всеки случай изпълняват всички определени в практиката на Съда условия, за да бъдат квалифицирани като такива;
- 2) предоставянето на стоки, които са индивидуално изработени и приспособени, що се отнася до тяхната форма, в зависимост от нуждите на конкретния клиент и за използването на които отделният клиент следва да бъде консултиран, трябва да бъде квалифицирано като „обществена поръчка за доставки“ или като „обществена поръчка за услуги“ в зависимост от стойността на подлежащите на преценка конкретни услуги, което е фактически въпрос, по който трябва да се произнесе запитваният съд;
- 3) ако посоченото във втория въпрос предоставяне на стоки бъде класифицирано като „услуга“, член 1, параграф 4 от Директива 2004/18 — за разлика от „рамково споразумение“ по смисъла на член 1, параграф 5 от тази директива — следва да се тълкува в смисъл, че доставка на стоки като разглежданата в главното производство не трябва да се разглежда като „концесия за услуги“.