

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. MAZÁK

fremsat den 16. december 2008¹

1. I anmodningen om præjudiciel afgørelse ønsker Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) afdeling for udbudssager, at Domstolen skal fortolke direktiv 2004/18/EF i relation til de tyske lovbestemte sygekasser². Den forelæggende ret ønsker i det væsentlige oplyst, hvorvidt disse sygekasser udgør offentligretlige organer og således ordregivende myndigheder, samt hvorledes den pågældende kontrakt skal klassificeres.

»Som »ordregivende myndigheder« betragtes staten, regionale eller lokale myndigheder, offentligretlige organer og sammenslutninger af en eller flere af disse myndigheder eller et eller flere af disse offentligretlige organer.

Ved »offentligretligt organ« forstås ethvert organ:

I — Relevante retsfor skrifter

- a) der er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter

A — *De fællesskabsretlige bestemmelser*

2. I artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 bestemmes:

- b) som er en juridisk person og

- c) hvis drift enten for størstedelens vedkommende finansieres af staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer, eller hvis drift er underlagt disses kontrol, eller hvortil

¹ — Originalsprog: engelsk.

² — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv af 31.3.2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, EUT L 134 af 30.4.2004, s. 114, herefter »direktivet«.

staten, regionale eller lokale myndigheder eller andre offentligretlige organer udpeger mere end halvdelen af medlemmerne i administrations-, ledelses- eller tilsynsorganet.

offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, hvis dette på baggrund af meddelelser fra medlemsstaterne viser sig at være nødvendigt [...]».

5. Direktivets artikel 1, der har overskriften »Definitioner«, bestemmer:

Ikke-udtømmende fortegnelser over de offentligretlige organer eller kategorier af organer, der opfylder kriterierne i andet afsnit, litra a), b) og c), findes i bilag III. Medlemsstaterne underretter jævnligt Kommissionen om ændringer, der er foretaget i deres fortegnelser over organer og sammenslutninger af organer.«

»2. a) Ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv.

3. Del III, kategori 1.1, i bilag III til direktivet nævner under »Tyskland« bl.a. følgende: »Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) [sygekasser, ulykkesforsikrings- og pensionsforsikringskasser].«

[...]

4. I direktivets artikel 79, der har overskriften »Ændringer«, bestemmes, at »Kommissionen [...] efter proceduren i artikel 77, stk. 2, [kan] ændre [...] d) fortegnelserne i bilag III over de

c) Ved »offentlige vareindkøbskontrakter« forstås andre offentlige kontrakter end dem, der er omhandlet i litra b), og som vedrører køb, leasing eller leje med eller uden forkøbsret af varer.

[...]

myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.

- d) Ved »offentlige tjenesteydelseskontrakter« forstås offentlige kontrakter, bortset fra offentlige bygge- og anlægskontrakter og vareindkøbskontrakter, der vedrører tjenesteydelser nævnt i bilag II.

[...]«

En offentlig kontrakt, der vedrører både varer og tjenesteydelser som defineret i bilag II, betragtes som en »offentlig tjenesteydelseskontrakt«, hvis værdien af de pågældende tjenesteydelser overstiger værdien af de varer, kontrakten omfatter.

6. I direktivets artikel 32, stk. 2, bestemmes, at »med henblik på indgåelse af en rammeaftale følger de ordregivende myndigheder de procedureregler, der er omhandlet i dette direktiv [...]«

[...]

7. I direktivets artikel 21 bestemmes, at »kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, er udelukkende underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4«.

4. Ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« forstås en kontrakt med samme karakteristika som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris.

8. Bilag II B's kategori 25 omfatter »sundhed og socialsikring«.

5. Ved »rammeaftale« forstås en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende

9. Direktivets artikel 22 bestemmer, at »kontrakter, der samtidig vedrører tjenesteydelser, der er anført i bilag II A, og tjeneste-

ydelse, der er anført i bilag II B, indgås i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 23-55, hvis værdien af de i bilag II A anførte tjenesteydelser er større end værdien af de i bilag II B anførte tjenesteydelser. I andre tilfælde indgås kontrakterne i henhold til artikel 23 og artikel 35, stk. 4«.

10. Endelig bestemmes det i artikel 1, stk. 4, i direktiv 1999/44/EF³, at »ved anvendelsen af dette direktiv anses aftaler om levering af varer, som først skal tilvirkes, for aftaler om køb af forbrugsvarer«.

B — Nationale bestemmelser

11. Det offentlige tyske sundhedssystem samt organiseringen og finansieringen af de offentlige sygekasser reguleres i fjerde og femte bog i den tyske socialsikringslov Sozialgesetzbuch (herefter »SGB«). SGB's § 1, stk. 1, bestemmer, at disse sygekasser i egenskab af solidarisk fællesskab har til formål at bevare, genskabe og forbedre de forsikredes sundhed.

3 — Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 1999/44/EF af 25.5.1999 om visse aspekter af forbruger køb og garantier i forbindelse hermed, EFT L 171, s. 12.

12. De lovbestemte sygekasser er offentlig-retlige organer, der har status som en juridisk person, og som er tillagt en selvforvaltningsret. Mens forsikrede omfattet af den obligatoriske ordning kan vælge mellem de særlige lovbestemte sygekasser, kan de ikke vælge mellem en offentlig og en privat sygekasse. Sygekasserne finansieres ved a) obligatoriske bidrag fra de forsikrede, b) direkte betalinger fra forbundsstaten, og c) betalinger fra det finansielle udligningssystem, der består af de forskellige sygekasser, og af en udligningsmekanisme baseret på risikostrukturen.

13. Størrelsen af bidragene afhænger, op til indtægtsgrænsen for beregning af bidrag, alene af den forsikredes indkomst. Andre omstændigheder, f.eks. alder, tidligere sygdomme eller antallet af medforsikrede, er uden betydning. I praksis fratrækker arbejdsgiveren den forsikredes andel af bidraget fra lønmodtagerens løn, og bidraget — sammen med arbejdsgiverens andel af bidraget — betales dernæst til sygekassen. Betaling og bidragsopkrævning er i henhold til de offentligretlige bestemmelser obligatorisk.

14. Bidragssatsen fastsættes ikke af staten, men af de lovbestemte sygekasser. Disse sygekasser skal beregne satserne således, at de, når de kombineres med andre indtægter, dækker de udgifter, der er fastsat ved lov og

sikrer, at driftmidlerne og de lovbestemte reserver er til rådighed. Fastsættelsen af bidragssatsen skal godkendes af den relevante statslige tilsynsmyndighed, og bidragsbeløbet følger til en vis grad af lovgivningen. Det skal fastsættes således, at indtægterne herfra hverken overstiger eller er lavere end udgifterne. Da de ydelser, der skal præsteres, for langt den overvejende dels vedkommende er fastlagt ved lov, kan den enkelte sygekasse i vidt omfang ikke direkte påvirke udgiftsniveauet.

Den statslige tilsynsmyndighed kan kræve fremlæggelse af dokumenter og fremskaffelse af oplysninger. Enhver sygekasses foreløbige budget skal rettidigt indgives til den statslige tilsynsmyndighed.

15. Forskelle i udgifterne som følge af de forsikredes forskellige risikoprofil opvejes i vidt omfang gennem risikostrukturudligningen. Der findes også en vis »solidaritetsforpligtelse« mellem sygekasserne. På denne måde sikrer staten indirekte, at de enkelte sygekasser opfylder deres forpligtelser. Sygekasserne har en selvforvaltningsret og er underlagt tilsyn fra staten. Retligt tilsyn inden for det tyske sundhedsvæsen er ikke begrænset til en ren efterfølgende kontrol.

16. Visse foranstaltninger kræver tilsynsmyndighedens godkendelse. Dette gælder for ændringer af sygekassernes vedtægter, fastsættelse af bidragssatsen, byggeri og ejendomshandler samt tilvejebringelse af software. Tilsynsmyndigheden skal kontrollere sygekassernes forretningsmæssige, regnskabsmæssige og driftsmæssige forvaltning.

17. Da den forsikrede inden for den pågældende ordning ikke har ret til via sygekassen at få tilbagebetalt udgifter, men derimod til at få vederlagsfri adgang til de tilsvarende ydelser, et såkaldt princip om »naturalieydelse«, opfordres sygekasserne til at indgå »aftaler« med forskellige leverandører, som er multi-sektorielle eller tværfaglige. Disse »aftaler om integreret pleje og behandling« indgås mellem sygekasserne og forskellige leverandører, der kan yde behandling til de forsikrede. I disse fastsættes beløbet for de forskellige ydelser omfattet af aftalerne om integreret pleje og behandling, der tilsigter at dække det samlede vederlag for den ydelse, den forsikrede kan kræve inden for rammerne af ordningen. Det er sygekassen, der er part i den integrerede pleje og behandlingsordning, og som skal betale leverandøren for dennes ydelse. De forsikredes deltagelse i de forskellige ordninger er frivillig, men når først en forsikret vælger en sådan ordning, er han forpligtet til at anvende ydelserne fra den leverandør, som den pågældende sygekasse har indgået en sådan aftale med.

II — Faktiske omstændigheder og de forelagte spørgsmål

18. Den lovbestemte sygekasse AOK Rheinland, som er fusioneret med AOK Hamburg, der således udgør sagsøgte i hovedsagen (herefter »AOK«), opfordrede i juni 2006 ved en bekendtgørelse i tidsskriftet »Orthopädie-Schuhtechnik« ortopædi-bandagister til at afgive bud på fremstilling og levering af fodtøj, der var egnet til patienter med diabetisk fodsyndrom, til den integrerede behandling og pleje som omhandlet i § 140a ff. i SGB V i perioden fra den 1. september 2006 til den 31. december 2006. De ydelser, der skulle præsteres, var alt efter opgavens omfang inddelt i forskellige standardkategorier, som de bydende skulle give priser på. Under »særlige kontraktvilkår« fremgik, at en patient, som havde et sygesikringsbevis og en relevant lægerecept, skulle rette henvendelse direkte til den pågældende ortopædi-bandagist; en refusionserklæring fra AOK var unødvendig. Medkontrahentens opgave bestod i fremstilling og kontrol af en individuelt tilpasset ortopædisk sko, i hvilken forbindelse der skulle finde en indgående vejledning sted inden måltagning samt i forbindelse med udlevering og foreskrevne kontroller. AOK skulle — med undtagelse af patienternes bidragsandel — afholde betalingen.

19. Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (herefter

»Oymanns«), en ortopædisk skomagervirksomhed, afgav bud og indgav senere en klage over, at reglerne om indgåelse af offentlige kontrakter var tilsidesat. AOK afslog klagerne med henvisning til, at bestemmelserne om offentlige kontrakter ikke var relevante. Oymanns indledte herefter en udbudsklageprocedure for Vergabekammer (udbudsklageinstansen), der afslog klagen. Oymanns indbragte herefter afslaget for den forelæggende ret.

20. Oberlandesgericht Düsseldorf har besluttet at udsætte sagen og fremlægge Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) a) Skal kriteriet »finansieres af staten« i direktivets artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), første alternativ, fortolkes således, at det omfatter den situation, at staten pålægger medlemskab af en sygekasse samt pligt til at betale et — indkomstafhængigt — bidrag til den pågældende sygekasse, hvorved sygekassen fastsætter bidragssatsen, mens sygekasserne som nærmere beskrevet i præmisserne er indbyrdes forbundne inden for en solidarisk finansieringsordning, og der er garanti for, at den enkelte sygekasse opfylder sine forpligtelser?

b) Skal betingelsen, der udtrykkes med ordene »hvis drift er underlagt disses kontrol« i direktivets artikel 1, stk. 9, andet afsnit, litra c), andet alternativ, fortolkes således, at et retligt tilsyn fra staten, som også omfatter løbende og fremtidige transaktioner — og som i givet fald omfatter yderligere statslige indgrebsmuligheder som beskrevet i præmisserne — er tilstrækkeligt til at anse denne betingelse for opfyldt?

direktivets artikel 1, stk. 5 — da fortolkes således, at der ved »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« også forstås tildeling af kontrakter, der er udformet således, at

— afgørelsen af, om og i hvilket tilfælde leverandøren tildeles individuelle kontrakter, ikke træffes af ordregiver, men af tredjemand

2) Såfremt første spørgsmål — litra a) eller b) — besvares bekræftende, skal direktivets artikel 1, stk. 2, litra c) og litra d), da fortolkes således, at den omstændighed, at der stilles varer til rådighed, som er udformet, fremstillet og tilpasset efter den enkelte kundes behov, samt at den enkelte kunde rådgives individuelt om anvendelsen af varerne, skal kvalificeres som »vareindkøbskontrakter« eller som »tjenesteydelseskontrakter«? Skal der i denne forbindelse alene tages hensyn til værdien af den pågældende ydelse?

— ordregiver betaler leverandøren, idet ordregiver ifølge lov er enedebitor og forpligtet til at præstere tjenesteydelsen i forhold til tredjemand, og

— leverandøren ikke skal præstere eller have nogen som helst form for ydelse parat, inden tredjemand anmoder herom?»

3) Såfremt den i andet spørgsmål beskrevne omstændighed, at der stilles varer til rådighed, skal eller kan kvalificeres som »tjenesteydelse«, skal direktivets artikel 1, stk. 4 — til forskel fra en rammeaftale, jf.

21. Oymanns, AOK og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg samt mundtlige indlæg under retsmødet den 19. juni 2008.

III — Stillingtagen

mende er statsligt finansierede, og at staten fører tilsyn med dem.

A — Første spørgsmål

22. Med sit første spørgsmål ønsker Oberlandesgericht Düsseldorf nærmere bestemt oplyst, om sygekasserne udgør offentligretlige organer i direktiv 2004/18' forstand, eftersom det i Tyskland diskuteres, om lovbestemte sygekasser, selv om de nævnes i bilag III til direktivet, kan anses for offentligretlige organer.

24. Sagsøgte i hovedsagen, AOK, gør gældende, at fortegnelsen i bilag III til direktiv 2004/18 blot er vejledende. Hvad angår en statslig finansiering skal denne være direkte knyttet til offentlige midler. Endelig har AOK i det væsentlige anført, at de offentlige myndigheder blot udøver et retsligt tilsyn.

1. Parternes hovedargumenter

23. Sagsøgeren i hovedsagen, Oymanns, gør gældende, at den omstændighed, at tyske sygekasser er nævnt i bilag III til direktiv 2004/18, udgør en uafkræftelig formodning for, at fællesskabslovgiver antog, at disse sygekasser er offentligretlige organer. Oymanns gør i det væsentlige gældende, at sygekasserne for hovedpartens vedkom-

25. Kommissionen har anført, at sygekasserne udtrykkeligt nævnes i direktivets bilag III, og er derfor af den opfattelse, at de skal klassificeres som offentligretlige organer. Derudover fastholder Kommissionen i det væsentlige, at de pågældende sygekasser opfylder betingelserne for at kunne klassificeres som sådanne.

2. Retlig vurdering

af staten, lader sig lede af andre hensyn end økonomiske«⁷.

26. I henhold til artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 skal de i hovedsagen omhandlede sygekasser, for at kunne anses for at udgøre ordregivende myndigheder, opfylde betingelserne for at kunne karakteriseres som offentligretlige organer.

28. Først og fremmest nævnes de tyske lovbestemte sygekasser udtrykkeligt i direktivets bilag III. Det pågældende bilag indeholder en ikke-udtømmende liste over medlemsstaternes offentligretlige organer, der »opfylder kriterierne i [direktivets artikel 1, stk. 9]«.

27. Det blev i den henseende fastslået af generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer i forslaget til afgørelse i sagen i Bayerischer Rundfunk m.fl., at⁴, »det fremgår nemlig af Domstolens faste praksis, at det selvstændige fællesskabsretlige begreb »ordregivende myndighed« skal fortolkes formålsbestemt⁵ og bredt⁶, idet formålet med direktiverne både er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske bydende eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter, og muligheden for, at et organ, der er finansieret

29. Det bemærkes, at medlemsstater ikke ensidigt må ændre direktivets bilag III. Det fastsættes i direktivets artikel 1, stk. 9, at medlemsstaterne skal meddele Kommissionen enhver ændring af deres fortegnelser over offentligretlige organer. Det følger af direktivets artikel 79⁸, at kun Kommissionen har beføjelse til at ændre »fortegnelserne i bilag III over de offentligretlige organer eller kategorier af offentligretlige organer, hvis dette på baggrund af meddelelser fra medlemsstaterne viser sig at være nødvendigt«. Når Kommissionen gør dette, skal den

4 — Forslag til afgørelse af 6.9.2007, sag C-337/06, Sml. I, s. 11173, punkt 66.

5 — Jf. dom af 10.4.2008, sag C-393/06, Ing. Aigner, Sml. I, s. 2339, præmis 37, hvori der henvises til dommen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl., præmis 36 og 37 og den deri nævnte retspraksis. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer henviser her bl.a. til dom af 27.2.2003, sag C-373/00, Adolf Truley, Sml. I, s. 1931, præmis 41, og af 16.10.2003, sag C-283/00, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 11697, præmis 73.

6 — I præmis 43 i Adolf Truley-dommen fastslog Domstolen, at »henset til dette dobbelte formål, der er at åbne for konkurrence og skabe gennemsigtighed, må begrebet offentligretligt organ forstås vidt«. Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer henviser her til: F. Wollenschläger, »Der Begriff des »öffentlichen Auftraggebers« im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes«, *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, nr. 8/2005, s. 345.

7 — Generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer henviser til følgende domme: dom af 3.10.2000, sag C-380/98, University of Cambridge, Sml. I, s. 8035, præmis 17, og af 12.12.2002, sag C-470/99, Universale-Bau m.fl., Sml. I, s. 11617, præmis 52; samt Adolf Truley-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 42.

8 — Der har overskriften »Ændringer«.

følge udvalgsproceduren⁹. Det følger af de for Domstolen forelagte dokumenter, at udvalgsproceduren indtil dags dato ikke er blevet anvendt for så vidt angår tyske sygekasser.

ensstemmelse med den ovenfor beskrevne udvalgsprocedure¹².

30. På baggrund af det ovenstående mener jeg, at den omstændighed, at de tyske sygekasser figurerer i direktivets bilag III, udgør en formodning for, at de skal anses for at være ordregivende myndigheder i direktivets forstand¹⁰. Selv om fortegnelsen i bilag III ikke er udtømmende, har fællesskabslovgiver med sin vedtagelse af denne indikeret, at visse organer efter dennes mening skal klassificeres som offentligtretlige organer¹¹. Endvidere kan fortegnelserne i bilag III kun ændres i over-

31. Det skal i denne henseende bemærkes, at fællesskabslovgivers holdning gengives i Bundesverfassungsgerichts dom af 31. januar 2008¹³, hvori den nævnte ret fastslog, at de lokale sygekasser er offentligtretlige organer.

32. Jeg vil ikke desto mindre påvise, at de tyske sygekasser under alle omstændigheder skal klassificeres som ordregivende myndigheder.

9 — Direktivets artikel 79 henviser til proceduren nævnt i artikel 77 med overskriften »Udvalgsprocedure«, der foreskriver, at artikel 3 og 7 i Rådets afgørelse 1999/468/EF af 28.6.1999 om fastsættelse af de nærmere vilkår for udøvelsen af de gennemførelsesbeføjelser, der tillægges Kommissionen, EFT 1999 L 184, s. 23, skal finde anvendelse i overensstemmelse med dennes artikel 8.

10 — Generelt set bør det være muligt for en myndighed at fremsætte argumenter med henblik på at påvise, hvorfor det ikke (længere) kan anses for at være et offentligtretligt organ i direktivets forstand, men det har ikke været tilfældet i den foreliggende sag.

11 — Denne fortolkning synes at være i tråd med Adolf Truleydommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, hvori Domstolen i præmis 44 fastslog, at »selv om et givet organ ikke er medtaget på fortegnelsen i bilag I til direktiv 93/37, skal organets retlige og faktiske situation undersøges i hvert konkret tilfælde med henblik på at afgøre, om det imødekommer almenhedens behov eller ej«. Jf. ligeledes P. Trepte, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, Second Edition, Oxford University Press, 2007, s. 102, afsnit 2.21: »it was clearly thought necessary to draw up a list of those bodies in all member states which, at that time, were considered to be covered by this concept. This would suggest that the lists [...] indicate those entities which, at the very least [emphasis added], are to be considered as legal persons governed by public law«. Trepte bemærker ligeledes, at Domstolen har anvendt organer på fortegnelsen i bilaget til at give eksempler på typer af organer, der er omfattet, og nævner dom af 10.11.1998, sag C-360/96, BFI Holding, Sml. I, s. 6821, præmis 51, og af 10.5.2001, forenede sager C-223/99 og C-260/99, Agorà og Excelsior, Sml. I, s. 3605, præmis 37.

33. Definitionen af en »ordregivende myndighed« i artikel 1, stk. 9, i direktiv 2004/18 følger ordlyden af de tidligere direktiver om offentlige udbud. Direktivet udgør i vidt omfang en omarbejdelse eller konsolide-

12 — Jf. generaladvokat Albers forslag til afgørelse i University of Cambridge-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 20. En lignende fortolkning findes i M.P. Chiti, »The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law«, *European Public Law*, Vol. 8, Issue 4, 2002, s. 489. Jf. ligeledes Adolf Truleydommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 39, hvori Domstolen fastslog, at fortegnelsens »nøjagtighed afviger betydeligt fra en medlemsstat til en anden«.

13 — 1 BvR 2156/02.

ring af bestemmelserne i samtlige tidligere direktiver om offentlig udbud¹⁴.

34. Domstolen har fastslået, at de i direktivets artikel 1, stk. 9, fastsatte betingelser, nemlig at organet a) er oprettet specielt med henblik på at imødekomme almenhedens behov, dog ikke behov af industriel eller kommerciel karakter; b) er en juridisk person; og c) hvis drift for størstedelens vedkommende finansieres af staten — i overensstemmelse med retspraksis er kumulative¹⁵. Hvad angår den tredje betingelse om »organets nære tilknytning til staten« har Domstolen imidlertid fastslået, at de forskellige betingelser er alternativer¹⁶.

35. Det fremgår af de for Domstolen fremlagte dokumenter, at det er uomtvistet, at de første to af ovennævnte tre betingelser er opfyldt i den foreliggende sag.

36. På baggrund heraf skal der således fokuseres på det tredje element om tilstræk-

kelig tilknytning til staten. I relation til denne betingelse er det særlig nødvendigt at undersøge, om sygekasserne er a) finansieret af staten og/eller b) underlagt statens tilsyn.

37. Hvad for det første angår det første alternativ — finansiering af staten — følger det af dommen i sagen *Bayerischer Rundfunk m.fl.*¹⁷, at der ikke nødvendigvis skal foreligge direkte finansiering fra staten, idet indirekte finansiering er tilstrækkelig til at opfylde definitionen. I forbindelse med radio- og tv-udsendelse har Domstolen fastslået, at formuleringen »for størstedelens vedkommende finansieres af staten« skal forstås således, at der foreligger en sådan finansiering, når: a) offentlige radio- og tv-selskabers virksomhed skal opfylde en opgave af almen interesse, og disse er uafhængige af statslige myndigheder, selvforvaltende og indrettet således, at offentlige myndigheder ikke har mulighed for at øve indflydelse på deres virksomhed, og b) denne virksomhed for størstedelens vedkommende finansieres ved en licens, som påhviler indehaveren af et radio- eller tv-apparat, og som pålægges, beregnes og opkræves efter regler i statsaftaler, der er indgået herom, og ikke er resultatet af kontraktlige forhold mellem disse organer og kunderne.

38. Den foreliggende sag minder om ovennævnte, idet sygekasserne finansieres ved

14 — Jf. Ing. Aigner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 51, der i denne henseende nævner dommen i sagen *Bayerischer Rundfunk m.fl.*, nævnt ovenfor i fodnote 4, præmis 30.

15 — Jf. Ing. Aigner-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 36, der henviser til dom af 1.2.2001, sag C-237/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 939, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis. Jf. ligeledes *Adolf Truley-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis.

16 — Jf. *Adolf Truley-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 5, præmis 68, der bl.a. henviser til *University of Cambridge-dommen*, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 20, og dommen i sagen *Kommissionen mod Frankrig*, nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 44.

17 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

obligatoriske bidrag, der er fastsat ved lov. I den forbindelse har det efter min opfattelse ringe betydning, om et organ modtager finansielle midler direkte fra staten i form af skatter, eller indirekte¹⁸ ved obligatoriske bidrag fastsat ved lov.

ringen heraf sikres gennem tvungent medlemskab og obligatoriske bidrag. Kommissionen har henvist til oplysninger fra det tyske sundhedsministerium, hvorefter bidragene udgør 95% af sygekassernes indtægter.

39. Det følger af de for Domstolen fremlagte dokumenter, at dette argument bekræftes af, at det som led i planlagte reformer i Tyskland (med henblik på en forenkling af bidragsopkrævningen og udligningen af risikostrukturen) blev diskuteret, om opkrævningen af bidrag skulle overlades til et centralt nationalt organ (»Gesundheitsfonds«), som herefter skulle tildele sygekasserne et (risikoafhængigt) bidrag pr. medlem.

41. Desuden afhænger størrelsen af bidragene, op til indtægtsgrænsen for beregning af bidrag, alene af den forsikredes indkomst. Eftersom sygekassernes finansiering sikres af staten, har de endvidere en særlig status i forhold til deres konkurrenter (dvs. private sygekasser). Forpligtelsen til at præstere ydelser er uafhængig af, at der faktisk indbetales forsikringsbidrag. I den forbindelse udgør de ydelser, der leveres af sygekassen, ikke »særlige modysdelser« for de leverede sundhedsysdelser i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i Domstolens retspraksis¹⁹.

40. Det skal bemærkes, at størstedelen af den tyske befolkning (ca. 90%) er lovpligtigt forsikret i en sådan sygekasse, og at finansie-

42. Den forelæggende ret foretager en sontring mellem denne sag og situationen i sagen Bayerischer Rundfunk m.fl.²⁰, idet bidragssatsen her ikke er fastsat af staten, men af den lovbestemte sygekasse.

18 — Jf. i denne retning dom af 17.12.1998, sag C-306/97, Connemara Machine Turf, Sml. I, s. 8761, præmis 34. Jf. ligeledes f.eks. A. Brown, »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*, nr. 4/2008, s. NA127.

19 — University of Cambridge-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 21.

20 — Nævnt ovenfor i fodnote 4.

43. I denne henseende skal det, således som det fremgår af forelæggelseskendelsen, påpeges, at fastsættelsen af bidragssatsen kræver en godkendelse fra den statslige tilsynsmyndighed. Endvidere fastsættes det i lovgivningen præcist, hvordan disse beløb skal beregnes, og at indtægterne herfra hverken må overstige eller være lavere end udgifterne. Da de ydelser, der skal præsteres, for langt den overvejende dels vedkommende er fastlagt ved lov, kan den pågældende sygekasse i vidt omfang ikke direkte påvirke udgiftsniveauet — og som følge heraf heller ikke fastsættelsen af bidragssatsen.

44. I lyset af ovenstående betragtninger er det derfor min opfattelse, at sygekasserne opfylder den tredje betingelse (første alternativ), eftersom de for størstedelens vedkommende er finansieret af staten.

45. Hvad angår det andet alternativ, dvs. tilknytning til staten gennem tilsyn, fastslog Domstolen i Adolf Truley-dommen, at det i lyset af retspraksis, »ikke [kan] antages, at kriteriet om kontrol med driften er opfyldt, hvor der alene er tale om en almindelig efterfølgende kontrol, idet en sådan kontrol pr. definition ikke gør det muligt for de offentlige myndigheder at påvirke det omhandlede organs afgørelser på området for offentlige kontrakter«²¹. Det fremgår

imidlertid af punkt 17-19 ovenfor samt af den forelæggende rets bemærkninger, at kontrollen med driften inden for den tyske lovbestemte sygesikringsordning ikke er begrænset til »en almindelig efterfølgende kontrol« som omhandlet i retspraksis.

46. I Adolf Truley-dommen²² bekræftede Domstolen, at kriteriet om kontrol med driften er »opfyldt i tilfælde, hvor de offentlige myndigheder ikke kun kontrollerer det omhandlede organs årsregnskaber, men også organets drift på grundlag af talmæssig rigtighed, forskriftsmæssighed, sparsommelighed, rentabilitet og formålstjenlighed«, hvilket synes at være tilfældet i tvisten i hovedsagen. Kommissionen påpegede med rette, at opfyldelsen af kriteriet om kontrol med driften allerede følger af de gældende bestemmelsers fintmaskede natur, navnlig SGB V. Sidstnævnte regulerer ligeledes de retlige forhold mellem sygekasserne og de forskellige serviceydere, såsom læger, tandlæger, farmaceuter osv. I lovgivningen beskrives de opgaver, som sygekasserne skal påtage sig, måden, hvorpå de skal gøre dette, samt måden, hvorpå sygekasserne skal finansieres. Endelig har tilsynsmyndigheden beføjelse til at intervenere direkte i sygekassernes organisation.

21 — Nævnt i fodnote 5, præmis 70.

22 — Ibidem, præmis 74.

47. I modsætning til AOK's påstand om, at der reelt ikke kan forekomme kontrol med driften, eftersom offentlige myndigheder ikke har beføjelse til at annullere sygekassers udbudsbeslutninger, er jeg af den opfattelse, at det afgørende her er almindelig afhængighed af en ordregivende myndighed, snarere end muligheden for at påvirke specifikke aftaler. Det bør følgelig ikke være nødvendigt at påvise, at den eksisterende kontrol med driften omfatter proceduren for tildeling af kontrakter²³.

48. Der kan drages flere paralleller til dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig²⁴. For det første drejer det sig her, som i den nævnte sag, om en situation, hvor en sygekasses virksomhed er »meget snævert reguleret«. For det andet, som Domstolen videre fastslog i den pågældende sag, er det tydeligt, at »eftersom reglerne for driften er meget detaljerede, kan det blotte tilsyn med deres overholdelse [...] i sig selv være ensbetydende med, at de offentlige myndigheder tillægges en væsentlig indflydelse«. For det tredje, som i den foreliggende sag, er tilsynsmyndigheden bemyndiget til at »opløse [en sygekasse] [...] og [...] til at suspendere de styrende organer, [selv påtage sig ledelsen] eller udnævne en midlertidig administrator«. For det fjerde fastslog Domstolen i oven-

nævnte dom, at selv om det lægges til grund, at de beføjelser, som de nævnte bestemmelser tillægger den kompetente myndighed, »rent faktisk kun udøves undtagelsesvis, indebærer den ikke desto mindre en permanent kontrol, som er den eneste måde, hvorpå alvorlige fejl eller forsømmelighed hos de styrende organer kan opdages«.

49. Endelig bekræftes den omstændighed, at kriteriet om kontrol med driften er opfyldt i den foreliggende sag, af en afgørelse fra Bundesverfassungsgericht²⁵, som den forelæggende ret har henvist til. Bundesverfassungsgericht fastslog her, at sygekasser »kun i yderst beskedent omfang er indrømmet selvforvaltning forstået som en frihed til at handle under eget ansvar«, og at de »i vidt omfang er afskåret fra uafhængigt at udforme regler med hensyn til vedtægter, organisation, bidrag og ydelser«.

50. Det følger af det ovenstående, at de pågældende sygekasser ligeledes opfylder (det andet alternativ i) den tredje betingelse, eftersom de er underlagt statens kontrol med driften.

23 — Jf. S. Arrowsmith, »*The Law of Public and Utilities Procurement*«, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 260, afsnit 5.7. I den forbindelse bemærkede generaladvokat Alber i sit forslag til afgørelse i University of Cambridge-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 7, punkt 37, at »Domstolen fastslog ganske vist i Connemara Machine Turf-dommen [...] og i dommen i sagen Kommissionen mod Irland [...], at det — for at en enhed kunne kvalificeres som en ordregivende myndighed i Irland — var nødvendigt, at den havde kontrol over tildelingen af offentlige indkøbskontrakter (det blev i den forbindelse anset for tilstrækkeligt, at kontrollen blev udøvet indirekte, dvs. uden en udtrykkelig bestemmelse herom)«.

24 — Nævnt ovenfor i fodnote 15, præmis 50, 52, 54 og 56.

25 — Dom af 9.6.2004, DVBl. 2004, s. 1161, på s. 1163.

51. Derfor udgør de i hovedsagen omhandlede tyske sygekasser offentligretlige organer, eftersom de benævnes som sådanne i bilag III til direktiv 2004/18 og under alle omstændigheder opfylder samtlige betingelser i Domstolens retspraksis for at kunne klassificeres som sådanne.

54. AOK har i det væsentlige gjort gældende, at det relevante spørgsmål er, hvorledes man skal fastsætte værdien af »vare«-delen og af »tjenesteydelses«-delen, der tilsammen udgør en blandet kontrakt. I en sag som den foreliggende skal det, bortset fra »værdi«-delen, fastslås, hvilken af leveringerne der er »karakteristisk for kontraktens indhold«.

B — Andet spørgsmål

52. Da det første spørgsmål er blevet besvaret bekræftende, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om den pågældende levering udgør en »vareindkøbskontrakt« eller en »tjenesteydelseskontrakt«. Dette er af betydning, eftersom en klassificering som en »vareindkøbskontrakt« vil føre til anvendelsen af bestemmelserne i direktiv 2004/18.

55. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at afgrænsningen mellem offentlige vareindkøb og offentlige tjenesteydelser reguleres i andet afsnit af direktivets artikel 1, stk. 2, litra d), der anvender et kvantitativt værdikriterium.

2. Retlig vurdering

1. Parternes hovedargumenter

53. Oymanns har i det væsentlige gjort gældende, at leveringen af varer, der er fremstillet individuelt, bør anses for i deres helhed at udgøre vareindkøb.

56. Først og fremmest er jeg i modsætning til den forelæggende ret af den opfattelse, at den retspraksis, der udspringer af dommen i sagen Auroux m.fl.²⁶ — i henhold til hvilken sontringen mellem en offentlig tjenesteydelseskontrakt og en offentlig bygge- og anlægskontrakt skal afgøres på grundlag af kontraktens *hovedformål* (en kvalitativ test) — ikke finder anvendelse på sontringen mellem

26 — Dom af 18.1.2007, sag C-220/05, Sml. I, s. 385, præmis 37 og 46.

vareindkøbskontrakter og tjenesteydelseskontrakter.

57. I denne henseende fastsættes det i direktivets artikel 1, stk. 2, litra d), at »en offentlig kontrakt, der vedrører både varer og tjenesteydelser [...], betragtes som en »offentlig tjenesteydelseskontrakt«, hvis *værdien* af de pågældende tjenesteydelser [(en kvantitativ test)] overstiger værdien af de varer, kontrakten omfatter« (min fremhævelse)²⁷. Denne fortolkning, hvorefter værdien er det eneste kriterium for afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt kontrakten vedrører offentlige vareindkøb eller tjenesteydelser, bekræftes ligeledes ved ordlyden af direktivets artikel 22.

58. Eftersom spørgsmålet om værdi vedrører de faktiske omstændigheder, tilkommer det den forelæggende ret at træffe afgørelse herom. Den almindelige regel er imidlertid, at kontrakten er en vareindkøbskontrakt, når værdien af betalingen for varerne er lig med eller overstiger værdien af betalingen for tjenesteydelserne. I modsat fald er kontrakten en offentlig tjenesteydelseskontrakt²⁸.

59. Det er derfor nødvendigt at afgøre, om fremstillingen af de individuelt tilpassede sko skal anskues i forhold til den samlede ydelse (der bl.a. omfatter fremstilling af sko og dertil knyttede tjenesteydelser).

60. Det er imidlertid min opfattelse, at fremstillingen af individuelt tilpassede sko umiddelbart bør anses for en del af leverancen. I den forbindelse har den forelæggende ret anført, at på grundlag af en foreløbig værdiansættelse anses værdien af leverancen af skoen, til trods for den omfattende rådgivningsforpligtelse, for at overstige værdien af tjenesteydelsen. Endvidere har den forelæggende ret med føje påpeget, at artikel 1, stk. 4, i direktiv 1999/44 lignestiller aftaler om levering af varer, som først skal tilvirkes, med købsaftaler, uanset om der herved er tale om standardvarer eller genstande, der skal tilpasses individuelt på grundlag af den konkrete bestilling (såkaldte »individualiserede varer«). Dette bekræfter, at det er værdiforholdet mellem den tilvirkede sko og rådgivningen, der skal tages i betragtning.

61. Endvidere har Kommissionen med rette tilføjet, at forordning (EF) nr. 2195/2002 om det fælles glossar for offentlige kontrakter²⁹, hvori ortopædiske sko nævnes ved flere lejligheder, giver anledning til en formodning

27 — Som eksempel på en dom, der vedrører både varer og tjenesteydelser, henvises til dom af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121.

28 — Jf. S. Arrowsmith, nævnt ovenfor i fodnote 23, s. 332, afsnit 6.73, og P. Trepte, nævnt ovenfor i fodnote 11, s. 235, afsnit 4.107.

29 — Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 5.11.2002 om det fælles glossar for offentlige kontrakter (CPV), EFT L 340, s. 1.

om, at de udgør »varer«, selv om en rådgivning er påkrævet³⁰. Endelig kan det, i tråd med andet underafsnit i artikel 1, stk. 2, litra d), endog hævdes, at den i hovedsagen omhandlede kontrakt udgør en offentlig vareindkøbskontrakt (levering af varer, i dette tilfælde sko), der tilfældigvis ligeledes omfatter en ganske særlig form for »installationsvejledning« (levering af tjenesteydelser, i dette tilfælde detaljeret rådgivning om brugen af varen). Andre eksempler kunne omfatte: en kontrakt vedrørende et databehandlingssystem, der ofte omfatter såvel hardware (varer) og specialfremstillet software eller en kontrakt vedrørende såvel vareindkøb (f.eks. køretøjer) som disses vedligeholdelse³¹.

C — Tredje spørgsmål

63. Såfremt leveringen af varer omtalt i det andet spørgsmål klassificeres som en »tjenesteydelse«, ønsker den forelæggende ret med sit tredje spørgsmål nærmere bestemt oplyst, om en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« — til forskel fra en »rammeaftale« — finder anvendelse under omstændigheder som de i hovedsagen foreliggende. Den forelæggende ret har bemærket, at en klassificering som »vareindkøbskontrakt« på grundlag af national ret fører til anvendelsen af visse udbudsregler, med det resultat, at Oymanns vil få delvis medhold, hvorimod søgsmålet ville blive forkastet, såfremt kontrakten blev anset for en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser«.

62. Derfor bør andet spørgsmål besvares således, at leveringen af varer, som er udformet, fremstillet og tilpasset efter den enkelte kundes behov, og om hvis brug den enkelte kunde skal rådgives individuelt, skal kvalificeres som »vareindkøbskontrakter« eller som »tjenesteydelseskontrakter«, på grundlag af værdien af den pågældende ydelse, hvilket er et spørgsmål, der henhører under de faktiske omstændigheder, og som det derfor tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

1. Parternes hovedargumenter

30 — Endvidere bestemmes det i tysk lovgivning, at sko af en sådan type udgør »tilbehør«, uanset om de er seriefremstillet eller tilpasset individuelt (§ 128 i SGB V, kategori 31, »sko«).

31 — Jf. S. Arrowsmith, nævnt ovenfor i fodnote 23, s. 331 og 332, afsnit 6.73.

64. Oymanns gør gældende, at den integrerede pleje og behandling udgør en rammeaftale, for så vidt som den blot definerer de

rammer, der er gældende for de enkelte kontrakter — der vil blive indgået senere — og i særdeleshed for prisfastsættelsen.

som offentlige tjenesteydelseskontrakter bortset fra, at vederlaget for den tjenesteydelse, der skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte tjenesteydelsen eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

65. AOK gør i det væsentlige gældende, at den påtænkte levering i forbindelse med den integrerede pleje og behandling udgør en koncessionskontrakt om tjenesteydelser. Rammeaftalen finder ikke anvendelse, for så vidt som sygekassen — idet den indgår sin kontrakt med leverandøren — mister kontrollen med resten af proceduren.

68. På den anden side defineres en »rammeaftale« som »en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder«.

66. Kommissionen har i det væsentlige gjort gældende, at aftalen mellem sygekassen og en leverandør udgør en rammeaftale.

2. Retlig vurdering

67. På den ene side definerer direktivet en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser« som »en kontrakt med samme karakteristika

69. For det første er jeg enig med Oymanns i, at den pågældende aftale ikke kan udgøre en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, eftersom det er sygekassen — og ikke patienten, bortset fra et mindre bidrag — der er forpligtet til at betale vederlaget. I den forbindelse henvises til Parking Brixendommen³². Den integrerede pleje og behandling kan ikke klassificeres som en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, eftersom

32 — Dom af 13.10.2005, sag C-458/03, Sml. I, s. 8585, præmis 39 og 40.

sidstnævnte indebærer en overførsel af retten til at udnytte en særlig tjenesteydelse, og koncessionshaveren bærer hele eller størstedelen af den økonomiske risiko, der er forbundet med udnyttelsen. I den foreliggende sag er leverandøren ikke forpligtet til at levere en ydelse inden indgåelsen af en individuel aftale med en forsikret. Følgelig består hans vederlag ikke i en forudgående ret til at drage nytte af en tjenesteydelse³³. Leverandøren skal levere sin ydelse på begæring af den forsikrede uden nogen mulighed for at forhandle prisen eller sit eget vederlag, der er aftalt med og betales af sygekassen. Leverandøren løber således ingen økonomiske risici som omhandlet i ovennævnte fællesskabsretspraksis.

den forsikrede vil gøre brug af dennes tjenesteydelser, udgør netop en af rammeaftalens kendetegn i overensstemmelse med direktivets artikel 1, stk. 5. Det skal her tilføjes, at selv om den forelæggende ret har klassificeret den pågældende leverance som en »tjenesteydelseskontrakt«, mener jeg stadig, at den pågældende leverance skal anses for en rammeaftale og ikke en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

70. Efter min opfattelse er det med rette, at Kommissionen klassificerer aftalen mellem sygekassen og en leverandør som et næsten klassisk eksempel på en rammeaftale, eftersom den foreskriver betingelserne vedrørende levering og rådgivning for de tjenesteydelser, der skal leveres inden for en fastsat periode. Det er først på grundlag af de efterfølgende individuelle aftaler, at leverandøren er forpligtet til at levere skoene og sygekassen til at betale vederlaget. Den omstændighed, at leverandøren ikke i forvejen ved, om — og i hvilket omfang —

71. I lyset af ovenstående betragtninger bør det tredje spørgsmål herefter besvares med, at såfremt tilrådgighedsstillingen af varer som omtalt i det andet spørgsmål skal klassificeres som en »tjenesteydelse«, skal direktivets artikel 1, stk. 4 — i modsætning til en »rammeaftale« i den i direktivets artikel 1, stk. 5, omhandlede forstand — fortolkes således, at en tilrådgighedsstilling af varer som den i hovedsagen omhandlede ikke skal anses for at være en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser«.

33 — I dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria Verlag, Sml. I, s. 745, præmis 30 (vedrørende det tidligere direktiv 93/38/EØF), definerede Domstolen retten til at udnytte en ydelse som en »ret til at udnytte sin egen ydelse«. I den foreliggende sag skal kontrahenten ikke sørge for og vedligeholde nogen form for bekostelig infrastruktur (lokaler, personale, udstyr), hvilket ville have krævet en betaling via vederlaget for de særlige kontrakter.

IV — Forslag til afgørelse

72. Jeg foreslår derfor, at Domstolen besvarer de af Oberlandesgericht Düsseldorf (Tyskland) forelagte spørgsmål således:

- »1) De i hovedsagen omhandlede tyske sygekasser udgør offentligretlige organer, eftersom de benævnes som sådanne i bilag III til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter og under alle omstændigheder opfylder samtlige betingelser i Domstolens praksis for at kunne klassificeres som sådanne.

- 2) Leveringen af varer, som er udformet, fremstillet og tilpasset efter den enkelte kundes behov, og om hvis brug den enkelte kunde rådgives, skal kvalificeres som »vareindkøbskontrakter« eller som »tjenesteydelseskontrakter« på grundlag af værdien af den pågældende ydelse, hvilket er et spørgsmål, der henhører under de faktiske omstændigheder, og som det derfor tilkommer den forelæggende ret at afgøre.

- 3) Hvis tilrådighedsstillelsen af varer som omtalt i andet spørgsmål skal klassificeres som en »tjenesteydelse«, skal artikel 1, stk. 4, i direktiv 2004/18 — i modsætning til en »rammeaftale« i den i samme direktivs artikel 1, stk. 5, omhandlede forstand — fortolkes således, at en tilrådighedsstillelse af varer som den i hovedsagen omhandlede ikke skal anses for at være en »koncessionskontrakt om tjenesteydelser«.