

NÁVRHY GENERÁLNEHO ADVOKÁTA

JÁN MAZÁK

prednesené 16. decembra 2008¹

1. V tomto návrhu na začatie prejudiciálneho konania žiada senát pre verejné obstarávanie Oberlandesgericht (Vyšší krajský súd) Düsseldorf (Nemecko) Súdny dvor o výklad smernice 2004/18/ES² v kontexte nemeckých zdravotných a sociálnych poisťovní založených zákonom. Vnútroštátny súd sa v podstate pýta, či tieto poisťovne predstavujú inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, teda verejných obstarávateľov, a ako by sa mala klasifikovať sporná zákazka.

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

„Inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom“ je každá inštitúcia:

I — Právny rámec

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

A — Právna úprava Spoločenstva

b) má právnu subjektivitu; a

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

c) je z väčšej časti financovaná štátnymi, regionálnymi alebo miestnymi orgánmi alebo inými inštitúciami, ktoré sa spravujú verejným právom; alebo jej riadenie podlieha dohľadu týchto inštitúcií; alebo

¹ — Jazyk prednesu: angličtina.

² — Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132) (ďalej len „smernica“).

má správny, riadiaci alebo dozorný orgán, ktorého viac ako polovicu členov vymenúvajú štátne, regionálne alebo miestne orgány alebo iné inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom.

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

5. Článok 1 smernice, nazvaný „Vymedzenie pojmov“, stanovuje:

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

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

3. Časť III kategória 1.1 prílohy III smernice pod pojmom „Nemecko“ uvádza: „Inštitúcie sociálneho zabezpečenia: fondy nemocenského, úrazového a sociálneho poistenia [zdravotné a sociálne poisťovne — *neoficiálny preklad*]“ [Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)].

...

4. Článok 79 smernice, nazvaný „Zmeny a doplnenia“, stanovuje, že „Komisia môže v súlade s postupom uvedeným v článku 77 ods. 2 zmeniť a doplniť... d) zoznamy inštitúcií

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

...

teľmi a jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi, ktorej cieľom je stanoviť podmienky upravujúce zákazky, ktoré sa budú zadávať počas daného obdobia, najmä pokiaľ ide o cenu a prípadne aj o predpokladané množstvo.

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

...“

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

6. Článok 32 ods. 2 smernice stanovuje, že „na účely uzatvorenia rámcovej dohody sa verejní obstarávatelia spravujú procesnými pravidlami uvedenými v tejto smernici...”

...

7. Článok 21 smernice stanovuje, že „na zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené v prílohe II B, sa vzťahujú len článok 23 a článok 35 ods. 4“.

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

8. V prílohe II B sú ako kategória 25 uvedené „Zdravotné a sociálne služby“ [*neoficiálny preklad*].

5. ‚Rámcová dohoda‘ je dohoda medzi jedným alebo viacerými verejnými obstaráva-

9. Článok 22 smernice stanovuje, že „zákazky, ktorých predmetom sú služby uvedené tak v prílohe II A, ako aj v prílohe II B, sa zadávajú

v súlade s článkami 23 až 55, ak je hodnota služieb uvedených v prílohe II A vyššia ako hodnota služieb uvedených v prílohe II B. V ostatných prípadoch sa zákazky zadávajú v súlade s článkom 23 a článkom 35 ods. 4“.

10. Článok 1 ods. 4 smernice 1999/44/ES³ nakoniec stanovuje, že „zmluvy na dodávky spotrebného tovaru, ktorý sa má zhotoviť alebo vyrobiť, sa na účely tejto smernice tiež považujú za kúpne zmluvy“.

B — Vnútroštátna právna úprava

11. Nemecký systém verejného zdravotníctva a organizovanie a financovanie verejných zdravotných a sociálnych poisťovní v tomto štáte sa riadi časťami IV a V Sozialgesetzbuch (sociálneho zákonníka; ďalej len „SGB“). Paragraf 1 ods. 1 SGB stanovuje, že účelom týchto poisťovní ako spoločenských založených na zásade solidarity je zachovávanie, obnova a zlepšovanie zdravia poistencov.

12. Zdravotné a sociálne poisťovne sú verejnoprávnymi korporáciami, ktoré majú právnu subjektivitu a právo na samosprávu. Povinne poistené osoby si môžu vybrať medzi rôznymi zdravotnými a sociálnymi poisťovňami založenými zákonom, nemôžu si však vybrať medzi verejnou a súkromnou zdravotnou a sociálnou poisťovňou. Poisťovne sú financované prostredníctvom i) povinných príspevkov od poistencov; ii) priamych platieb zo spolkového rozpočtu a iii) kompenzačných platieb z finančného kompenzačného systému zloženého z rôznych zdravotných a sociálnych poisťovní založených zákonom a z kompenzačného mechanizmu štruktúry rizika.

13. Výška príspevkov sa riadi len príjmom poistencov až po hranicu na výpočet príspevku. Iné hľadiská, ako sú vek, predchádzajúce choroby alebo počet spolupoistených osôb, nehrajú žiadnu úlohu. V praxi zamestnávateľ odpočíta časť príspevkov zo mzdy poistenca a príspevok sa — spolu s časťou príspevku od zamestnávateľa — uhradí zdravotnej a sociálnej poisťovni. Platba a výber príspevkov sú povinné podľa ustanovení verejného práva.

14. Sadzba príspevku nie je stanovená štátom, ale zdravotnými a sociálnymi poisťovňami založenými zákonom. Tieto poisťovne musia určiť sadzby takým spôsobom, aby pokrývali spolu s inými zdrojmi výdavky stanovené

³ — Smernica Európskeho parlamentu a Rady 1999/44/ES z 25. mája 1999 o určitých aspektoch predaja spotrebného tovaru a záruk na spotrebný tovar (Ú. v. ES L 171, s. 12; Mim. vyd. 15/004, s. 223).

zákonom a zaručovali dostatočné prostriedky na prevádzku a povinné rezervy. Stanovenie sadzby príspevku vyžaduje schválenie štátnym orgánom dohľadu každej zdravotnej a sociálnej poisťovne a výška príspevkov je v istom rozsahu stanovená zákonom. Výška sa má stanoviť tak, aby príjmy z toho vyplývajúce neboli nižšie ako výdavky alebo ich neprekračovali. Keďže plnenia, ktoré sa majú poskytnúť, sú z prevažnej časti pevne stanovené právnymi predpismi, nedá sa výška výdavkov konkrétnej zdravotnej a sociálnej poisťovne — významne — priamo ovplyvniť.

riadenie zdravotných a sociálnych poisťovní. Štátny orgán dohľadu môže požadovať predloženie dokumentov a informácií. Štátnemu orgánu dohľadu sa v predstihu predkladá predbežný rozpočet každej zdravotnej a sociálnej poisťovne.

15. Rozdiely výdavkov v dôsledku rozdielnej štruktúry rizika u poistencov sú čo možno najviac zmiernené kompenzačným mechanizmom štruktúry rizika. Existuje tiež určitý „solidárny záväzok“ medzi zdravotnými a sociálnymi poisťovňami. Týmto spôsobom štát nepriamo zaručuje splnenie záväzkov jednotlivých zdravotných a sociálnych poisťovní. Zdravotné a sociálne poisťovne majú právo na samosprávu a podliehajú štátnemu dohľadu. Právny dohľad v nemeckom zdravotnom systéme nie je obmedzený na prosté preskúmanie.

16. Niektoré opatrenia vyžadujú povolenie zo strany orgánov dohľadu, ako napríklad zmeny stanov zdravotných a sociálnych poisťovní, stanovenie výšky príspevkov, výstavba a nadobúdanie pozemkov alebo programového vybavenia. Orgány dohľadu musia overovať obchodné, účtovné a prevádzkové

17. Keďže v kontexte uvedeného systému nemá poistenec právo prostredníctvom zdravotnej a sociálnej poisťovne na náhradu výdavkov, ale na slobodný prístup k zodpovedajúcim službám, tzv. zásada „druhovných služieb“, zdravotné a sociálne poisťovne sú nabádané uzatvárať s rôznymi poskytovateľmi „zabezpečovacie schémy“, ktoré sú viacodvetvové alebo interdisciplinárne. Tieto „integrovane zabezpečovacie schémy“ sa uzatvárajú medzi poisťovňami a rôznymi poskytovateľmi spôsobilými poskytovať liečbu poistencom. Definujú odmenu za rôzne formuly integrovanej zabezpečovacej schémy, ktorá sa má zaplatiť za všetky služby, ktoré môže poistený v rámci schémy požadovať. Zdravotná a sociálna poisťovňa je stranou v zmluve o integrovanej zabezpečovacej schéme a uhrádza odmenu poskytovateľovi. Účast poistencov na rôznych formulách schémy je dobrovoľná, ale keď sa raz poistenec pre nejakú formulu rozhodne, je povinný využívať služby poskytovateľa, s ktorým príslušná zdravotná a sociálna poisťovňa uzatvorila takúto zmluvu.

II — Skutkové okolnosti a prejudiciálne otázky

18. Prostredníctvom oznámenia v časopise *Orthopädie Schuhtechnik* v júni 2006 AOK Rheinland, zdravotná a sociálna poisťovňa založená zákonom a zlúčená s AOK Hamburg, čím vznikla poisťovňa, ktorá je odporcom v konaní pred vnútroštátnym súdom (ďalej len „AOK“), vyzvala výrobcov ortopedickej obuvi, aby predložili ponuky na zhotovenie a dodávku obuvi pri syndróme diabetickej nohy pre integrovanú zabezpečovaciu schému v zmysle § 140a a nasl. SGB V na obdobie od 1. septembra 2006 do 31. decembra 2006. Plnenia, ktoré sa mali poskytnúť, boli rozdelené vždy podľa nákladov do rôznych skupín, za ktoré mal uchádzač uviesť ceny. „Zvláštne zmluvné podmienky“ upravili, že pacient s kartičkou zdravotného poistenca a so zodpovedajúcim lekárskeym predpisom sa má priamo hlásiť u príslušného výrobcu ortopedickej obuvi; vyhlásenie AOK o prevzatí nákladov nebolo potrebné. Úloha zmluvného partnera spočívala v zhotovení a kontrole individuálne prispôbenej ortopedickej obuvi, pričom pred vymeraním, pri dodaní a pri predpísaných kontrolách mali byť pacienti zakaždým poskytnuté podrobné konzultácie. Platby mala, nehladiac na príspevky pacientov, zaplatiť AOK.

19. Hans & Christophorus Oymanns GbR, *Orthopädie Schuhtechnik* (ďalej len

„Oymanns“), výrobca ortopedickej obuvi, zaslal ponuku a neskôr namietal porušenie práva o verejnom obstarávaní. AOK sťažnosť zamietla s odôvodnením, že právne predpisy o verejnom obstarávaní v tomto prípade nie sú aplikovateľné. Oymanns následne začal konanie o preskúmaní verejného obstarávania, avšak Komora pre verejné obstarávanie, ktorá mala vo veci rozhodnúť, žiadosť o preskúmanie zamietla. Proti tomuto rozhodnutiu Oymanns podal sťažnosť na vnútroštátny súd.

20. Oberlandesgericht Düsseldorf rozhodol o prerušení konania a položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

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

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

ods. 5 smernice — vykladať v tom zmysle, že pod „verejnou koncesiou na služby“ sa rozumie aj udelenie zákazky vo forme, pri ktorej

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

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

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

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

3. V prípade, že poskytnutie uvedené v druhej prejudiciálnej otázke je alebo môže byť zaradené ako „služba“, má sa článok 1 ods. 4 smernice — na rozdiel od „rámcovej dohody“ v zmysle článku 1

21. Oymanns, AOK a Komisia predložili písomné pripomienky. Prednesy účastníkov konania boli vypočuté na pojednávaní, ktoré sa konalo 19. júna 2008.

III — Posúdenie

poisťovne sú financované prevažne štátom a že ich riadenie podlieha štátnemu dohľadu.

A — Prvá otázka

22. Prvou otázkou Oberlandesgericht Düsseldorf v podstate hľadá odpoveď na otázku, či zdravotné a sociálne poisťovne predstavujú inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, v zmysle smernice 2004/18, pretože v Nemecku sa vedie diskusia, či sa majú zdravotné a sociálne poisťovne napriek uvedeniu v prílohe III smernice považovať za inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom.

24. AOK, odporkyňa v konaní pred vnútroštátnym súdom, tvrdí, že uvedenie v prílohe III smernice 2004/18 má iba indikatívnu povahu. Pokiaľ ide o financovanie štátom, musí priamo vychádzať z verejných zdrojov. AOK nakoniec v podstate uvádza, že verejné orgány vykonávajú prosté právne preskúmanie.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

23. *Oymanns*, navrhovateľ v konaní pred vnútroštátnym súdom, tvrdí, že skutočnosť, že nemecké zdravotné a sociálne poisťovne sú uvedené v prílohe III smernice 2004/18, predstavuje jasný dôkaz, že právo Spoločenstva považuje tieto poisťovne za inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom. *Oymanns* v podstate tvrdí, že zdravotné a sociálne

25. *Komisia* tvrdí, že zdravotné a sociálne poisťovne sú výslovne uvedené v prílohe III smernice, a preto by mali byť považované za inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom. Komisia navyše v podstate tvrdí, že predmetné poisťovne spĺňajú podmienky, aby sa za takéto inštitúcie považovali.

2. Posúdenie

budú motivované inými úvahami ako hospodárskymi.“⁷

26. Podľa článku 1 ods. 9 smernice 2004/18 na to, aby boli predmetné zdravotné a sociálne poisťovne považované za verejných obstarávateľov, musia spĺňať podmienky, ktoré charakterizujú inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom.

28. Po prvé nemecké zdravotné a sociálne poisťovne založené zákonom sú explicitne uvedené v prílohe III smernice. Predmetná príloha obsahuje neúplný zoznam inštitúcií členských štátov, ktoré sa spravujú verejným právom a spĺňajú kritériá uvedené v [článku 1 ods. 9] smernice.

27. V tejto súvislosti, ako uviedol aj generálny advokát Ruiz-Jarabo Colomer v návrhoch vo veci Bayerischer Rundfunk a i.,⁴ „ustálená judikatúra vyžaduje, aby sa nezávislý pojem Spoločenstva ‚verejný obstarávateľ‘ vykladal funkčne⁵ a široko,⁶ s ohľadom na skutočnosť, že cieľom je vyhnúť sa riziku uprednostňovania vnútroštátnych uchádzačov alebo žiadateľov, kedykoľvek sa zadáva zákazka verejným obstarávateľom, a možnosti, že inštitúcie financované alebo kontrolované štátom

29. Treba poznamenať, že členské štáty nemôžu jednostranne zmeniť a doplniť prílohu III smernice. Článok 1 ods. 9 smernice uvádza, že členské štáty musia oznamovať Komisii akékoľvek zmeny vo svojich zoznamoch inštitúcií, ktoré sa spravujú verejným právom. Z článku 79 smernice⁸ vyplýva, že iba Komisia môže zmeniť a doplniť „zoznamy inštitúcií a kategórií inštitúcií, ktoré sa spravujú verejným právom, uvedené v prílohe III, ak sa to ukáže byť nevyhnutným na základe oznámení z členských štátov“. V prípade, že tak urobí, musí Komisia postupovať podľa

4 — Prednesené 6. septembra 2007 (rozsudok z 13. decembra 2007, Bayerischer Rundfunk a i., C-337/06, Zb. s. I-11173), bod 66.

5 — Pozri rozsudok z 10. apríla 2008, Ing. Aigner, C-393/06, Zb. s. I-2339, bod 37, v ktorom sa odkazuje na rozsudok vo veci Bayerischer Rundfunk a i., už citovaný, body 36 a 37 a citovanú judikatúru. Generálny advokát Ruiz-Jarabo Colomer v ňom odkazuje okrem iného na rozsudky z 27. februára 2003, Adolf Truley, C-373/00, Zb. s. I-1931, bod 41, a zo 16. októbra 2003, Komisia/Španielsko, C-283/00, Zb. s. I-11697, bod 73.

6 — V rozsudku Adolf Truley, už citovanom, bod 43, Súdny dvor rozhodol, že „keďže cieľom je zavedenie konkurencie a transparentnosti, pojem inštitúcia, ktorá sa spravuje verejným právom, sa musí vykladať široko“. Generálny advokát Ruiz-Jarabo Colomer sa tu odvoláva na Wollenschläger, F.: Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. In: *EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht)*, č. 8/2005, s. 345.

7 — Generálny advokát tu odkazuje na rozsudky z 3. októbra 2000, University of Cambridge, C-380/98, Zb. s. I-8035, bod 17; z 12. decembra 2002, Universale-Bau a i., C-470/99, Zb. s. I-11617, bod 52, a Adolf Truley, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 42.

8 — Nazvaný „Zmeny a doplnenia“.

komitologických postupov.⁹ Z dokumentov predložených Súdnemu dvoru vyplýva, že komitologický postup, pokiaľ ide o nemecké zdravotné a sociálne poisťovne, dodnes nebol začatý.

navyššie môže zmeniť alebo doplniť iba podľa spomínaného komitologického postupu.¹²

30. Vzhľadom na tieto skutočnosti zastávam názor, že z toho, že sa nemecké zdravotné a sociálne poisťovne nachádzajú na zozname prílohy III smernice, sa dá usudzovať, že by sa mali považovať za verejných obstarávateľov v súlade so smernicou.¹⁰ Zatiaľ čo zoznam prílohy III nie je úplný, normotvorca Spoločenstva jeho prijatím označil niektoré inštitúcie, ktoré sa majú podľa jeho názoru považovať za inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom.¹¹ Zoznam prílohy III sa

31. V tejto súvislosti by som poznamenal, že názor normotvorcu Spoločenstva sa nachádza aj v rozsudku Bundesverfassungsgericht (Spolkový ústavný súd) z 31. januára 2008,¹³ v ktorom tento súd rozhodol, že miestne zdravotné a sociálne poisťovne sú inštitúciami, ktoré sa spravujú verejným právom.

32. Napriek tomu preukážem, že nemecké zdravotné a sociálne poisťovne sa v každom prípade majú považovať za verejných obstarávateľov.

33. Definícia „verejného obstarávateľa“ v článku 1 ods. 9 smernice 2004/18 vychádza zo znenia skorších smerníc o verejnom obstarávaní. Smernica vlastne predstavuje z väčšej časti novelizáciu alebo konsolidované znenie

9 — Článok 79 smernice odkazuje na postup uvedený v článku 77, nazvanom „Poradný výbor“, ktorý stanovuje, že sa uplatnia články 3 a 7 rozhodnutia Rady 1999/468/ES z 28. júna 1999, ktorým sa ustanovujú postupy pre výkon vykonávacích právomocí prenesených na Komisiu, v súlade s jeho článkom 8.

10 — Vo všeobecnosti by mala existovať možnosť, aby inštitúcia uviedla dôvody, prečo sa (už) nemá považovať za inštitúciu, ktorá sa spravuje verejným právom, v zmysle smernice, ale to nie je prípad prejednávanej veci.

11 — Zdá sa, že to je v súlade s rozsudkom Adolf Truley, už citovaným v poznámke pod čiarou 5, v ktorom Súdny dvor v bode 44 rozhodol, že „ak niektorá inštitúcia nie je uvedená v prílohe I smernice 93/37, jej právne a skutkové postavenie sa musí určiť individuálne na účely posúdenia, či naplňa potrebu všeobecného záujmu“. Pozri tiež Trepte, P.: *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*. 2. vydanie. Oxford University Press, 2007, s. 102, časť 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 [kurzívou zvýraznil generálny advokát], are to be considered as legal persons governed by public law“ [Bola jasná potreba vytvoriť zoznam týchto inštitúcií vo všetkých členských štátoch, ktorých sa v tom čase tento pojem týkal. To by naznačovalo, že zoznam... uvádza minimálne (kurzívou zvýraznil generálny advokát) tie subjekty, ktoré sa majú považovať za právnické osoby, ktoré sa spravujú verejným právom — *volný preklad*]. Trepte tiež uvádza, že Súdny dvor použil inštitúcie uvedené v zoznamoch prílohy ako príklady druhov inštitúcií, ktorých sa týka, a cituje rozsudky z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, Zb. s. I-6821, bod 51, a z 10. mája 2001, Agorá a Excelsior, C-223/99 a C-260/99, Zb. s. I-3605, bod 37.

12 — Porovnaj návrhy, ktoré predniesol generálny advokát Alber k rozsudku University of Cambridge, už citovanému v poznámke pod čiarou 7, bod 20. Podobný výklad sa nachádza v Chiti, M. P.: The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law. In: *European Public Law*, zv. 8, číslo 4, 2002, s. 489. Pozri tiež rozsudok Adolf Truley, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 39, v ktorom Súdny dvor rozhodol, že „presnosť [zoznamov] sa značne odlišuje od jedného členského štátu k druhému“.

13 — 1 BvR 2156/02.

ustanovení všetkých predchádzajúcich smerníc o zadávaní verejných zákaziek.¹⁴

k štátnym orgánom. Pokiaľ ide o túto podmienku, je potrebné najmä analyzovať, či sú zdravotné a sociálne poisťovne i) financované štátnymi orgánmi a/alebo ii) ich riadenie podlieha dohľadu týchto orgánov.

34. Súdny dvor rozhodol, že podmienky uvedené v článku 1 ods. 9 smernice — a to, že inštitúcia i) je zriadená na osobitný účel plnenia potrieb všeobecného záujmu, ktoré nemajú priemyselný alebo obchodný charakter; ii) má právnu subjektivitu a iii) je z väčšej časti financovaná štátnymi orgánmi — sú v súlade s judikatúrou kumulatívne.¹⁵ Pokiaľ však ide o tretiu podmienku „silnej závislosti inštitúcie od štátnych orgánov“, Súdny dvor rozhodol, že jej rôzne podmienky sú alternatívne.¹⁶

35. Z dokumentov predložených Súdnemu dvoru vyplýva, že splnenie prvých dvoch podmienok z troch uvedených vyššie nie je v prejednávanej veci sporné.

36. Na základe toho sa preto sústredím na tretiu podmienku dostatočnej blízkosti

37. Po prvé, pokiaľ ide o prvú alternatívu — financovanie štátnymi orgánmi —, z rozsudku Bayerischer Rundfunk a i.¹⁷ vyplýva, že na uspokojenie tejto definície postačuje nielen priame financovanie, ale aj nepriame financovanie štátnymi orgánmi. V osobitnom kontexte verejnoprávneho vysielania Súdny dvor rozhodol, že výraz „z väčšej časti financovaná štátnymi... orgánmi“ sa má vykladať tak, že o takéto financovanie ide vtedy, ak: i) činnosti verejnoprávných prevádzkovateľov vysielania poverených vykonávaním úloh vo verejnom záujme sú nezávislé od orgánov štátnej moci, samostatne spravované a riadené tak, aby sa zabránilo vplyvu orgánov verejnej moci; a ii) tieto činnosti sú z väčšej časti financované z poplatkov, ktoré musia platiť majitelia prijímačov a ktoré boli zavedené, stanovené a vybrané podľa pravidiel štátnych zmlúv uzatvorených na tento účel a nevyplyvajú zo zmluvnej transakcie uzavretej medzi týmito organizáciami a užívateľmi.

38. Prejednávaná vec je podobná v tom zmysle, že zdravotné a sociálne poisťovne sú

14 — Pozri rozsudok Ing. Aigner, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 51, ktorý v tejto súvislosti cituje rozsudok Bayerischer Rundfunk a i., už citovaný v poznámke pod čiarou 4, bod 30.

15 — Pozri rozsudok Ing. Aigner, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 36, ktorý odkazuje na rozsudok z 1. februára 2001, Komisia/Francúzsko, C-237/99, Zb. s. I-939, bod 40 a citovanú judikatúru. Pozri tiež rozsudok Adolf Truley, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 34 a citovanú judikatúru.

16 — Pozri rozsudok Adolf Truley, už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 68, ktorý okrem iného odkazuje na rozsudky University of Cambridge, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 20, a Komisia/Francúzsko, už citovaný v poznámke pod čiarou 15, bod 44.

17 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 4.

financované povinnými príspevkami, ktoré sú určované právnymi predpismi. V tejto súvislosti podľa mňa nie je dôležité, či inštitúcia dostáva finančné prostriedky priamo od štátnych orgánov prostredníctvom výberu poplatkov, alebo nepriamo¹⁸ prostredníctvom povinných príspevkov určených právnymi predpismi.

zdravotnej a sociálnej poisťovni založenej zákonom a že financovanie zdravotných a sociálnych poisťovní založených zákonom je zabezpečené prostredníctvom povinného členstva a príspevkami. Komisia vychádza z informácií poskytnutých nemeckým spolkovým ministerstvom zdravotníctva, podľa ktorého tvorili príspevky 95 % príjmov poisťovní.

39. Z dokumentov predložených Súdnemu dvoru vyplýva, že toto tvrdenie potvrdzuje skutočnosť, že v priebehu plánovaných reforiem v Nemecku (na účely zjednodušenia vyberania príspevkov a kompenzačného mechanizmu štruktúry rizika) sa uvažovalo, aby sa príspevok na zdravotné poistenie vyberal vnútroštátnou centrálnou jednotkou (zdravotný a sociálny fond) a tá by potom (podľa vyváženého rizika) poskytovala zdravotným a sociálnym poisťovňám príspevky za každého člena.

41. Výška príspevkov sa navyše riadi len príjmom poistencov, až po hranicu na výpočet príspevku. Okrem toho, keďže financovanie poisťovní je zaručené štátom, majú poisťovne osobitné postavenie oproti svojim konkurentom (najmä súkromným poisťovňám). Povinnosť poskytnúť plnenie je nezávislá od skutočného platenia príspevkov poistenia. V tejto súvislosti služby poskytnuté zdravotnými a sociálnymi poisťovňami nepredstavujú „špecifické protiplnenie“ za poskytnuté zdravotné služby v zmysle judikatúry Súdneho dvora Európskych spoločností.¹⁹

40. Je potrebné poznamenať, že prevažná väčšina nemeckého obyvateľstva (asi 90 %) je v zmysle zákona povinne poistená v nejakej

42. Vnútroštátny súd vidí rozdiel medzi prejednávanou vecou a situáciou, ktorá je predmetom rozsudku Bayerischer Rundfunk a i.,²⁰ v tom, že sadzba príspevku nie je stanovená štátom, ale zdravotnou a sociálnou poisťovňou založenou zákonom.

18 — Pozri v tomto zmysle rozsudok zo 17. decembra 1998, Connemara Machine Turf, C-306/97, Zb. s. I-8761, bod 34. Pozri tiež napríklad 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). In: *Public Procurement Law Review*, č. 4/2008, s. NA127.

19 — Rozsudok University of Cambridge, už citovaný v poznámke pod čiarou 7, bod 21.

20 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 4.

43. V tejto súvislosti si treba uvedomiť, že z návrhu na začatie prejudiciálneho konania vyplýva, že stanovenie sadzby príspevku vyžaduje schválenie štátnymi orgánmi dohľadu. Právne predpisy navyše detailne stanovujú, ako sa tieto sadzby vypočítajú a že príjmy z toho vyplývajúce nemôžu byť nižšie ako výdavky ani ich nemôžu prekračovať. Keďže plnenia, ktoré sa majú poskytnúť, sú z prevažnej časti pevne stanovené právnymi predpismi, nedá sa výška výdavkov — a následne stanovenie sadzby príspevku — konkrétnej zdravotnej a sociálnej poisťovne ďalekosiahlo priamo ovplyvniť.

44. Vzhľadom na uvedené zastávam teda názor, že zdravotné a sociálne poisťovne spĺňajú tretiu podmienku (prvú alternatívu), keďže sú z väčšej časti financované štátnymi orgánmi.

45. Pokiaľ ide o druhú alternatívu, a to blízkosť k štátnym orgánom prostredníctvom dohľadu, v rozsudku Adolf Truley Súdny dvor rozhodol, že s ohľadom na judikatúru „kritérium dohľadu nad riadením nemožno považovať za splnené v prípade простého preskúmania, pretože takýto dohľad neumožňuje verejným orgánom ovplyvňovať rozhodnutia predmetnej inštitúcie, pokiaľ ide o verejné zákazky“.²¹ Ako však vyplýva z úvah v bodoch

17 až 19 týchto návrhov a ako uvádza vnútroštátny súd, dohľad nad riadením v nemeckom systéme zdravotných a sociálnych poisťovní založených zákonom nie je obmedzený na „prosté preskúmanie“ v zmysle tejto judikatúry.

46. Súdny dvor v rozsudku Adolf Truley²² potvrdil, že kritérium dohľadu nad riadením „je však splnené, ak verejné orgány vykonávajú dohľad nielen nad ročnou účtovnou závierkou dotknutej inštitúcie, ale tiež nad jej konaním z hľadiska riadneho účtovníctva, zákonnosti, hospodárnosti, efektívnosti a výhodnosti“, čo sa javí byť aj v prípade prejednávanej veci. Komisia správne zdôrazňuje, že splnenie kritéria dohľadu nad riadením vyplýva už z detailnej povahy uplatniteľnej právnej úpravy, osobitne SGB V. SGB V takisto upravuje právne vzťahy medzi poisťovňami a rôznymi poskytovateľmi služieb, ako sú lekári, zubári, lekárnici a pod. Právne predpisy stanovujú úlohy, ktoré musia zdravotné a sociálne poisťovne spĺňať, spôsob, akým musia tieto úlohy vykonať, a spôsob, akým sú financované. Orgány dohľadu majú nakoniec právo priamo zasahovať do organizácie poisťovní.

21 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 5, bod 70.

22 — Tamže, bod 74.

47. V protiklade s tvrdením AOK, že dohľad nad riadením nemôže byť účinný, keďže verejné orgány nemajú právomoc zrušiť rozhodnutie poisťovne o zadaní zákazky, zastávam názor, že podstatným je všeobecná závislosť od verejného obstarávateľa, a nie existencia vplyvu pri jednotlivých zákazkách. Nemalo by byť preto potrebné dokázať, že existujúci dohľad nad riadením je dotknutý zadávacím konaním.²³

48. Je niekoľko paralel, na ktoré môžem poukázať pri rozsudku Komisia/Francúzsko.²⁴ Po prvé tak ako v uvedenom rozsudku stretávame sa so situáciou, v ktorej sú činnosti zdravotných a sociálnych poisťovní „veľmi úzko vymedzené“. Po druhé, tak ako aj Súdny dvor rozhodol v uvedenom rozsudku, v prejednávanej veci je jasné, že „keďže pravidlá riadenia sú veľmi detailné, prostý dohľad nad dodržiavaním súladu s nimi môže sám osebe viesť k významnému vplyvu udelenému verejným orgánom“. Po tretie tak ako v spomínanom rozsudku orgán dohľadu má právomoc „nariadiť zrušenie [poisťovne]... a... odvolať riadiace orgány, [prevziať riadenie] alebo vymenovať dočasného

správcu“. Po štvrté v uvedenom rozsudku Súdny dvor rozhodol, že aj keď výkon vyššie uvedených právomocí udelených príslušnému orgánu „je v skutočnosti výnimkou, predsa však zahŕňa stály dohľad, ktorý je jediným prostriedkom na zistenie zlyhania [riadenia]“.

49. Nakoniec skutočnosť, že kritérium dohľadu nad riadením je v prejednávanej veci splnené, potvrdzuje aj rozsudok Bundesverfassungsgericht,²⁵ citovaný vnútroštátnym súdom, v ktorom Bundesverfassungsgericht rozhodol, že v prípade zdravotných a sociálnych poisťovní má „samospráva v zmysle voľného priestoru na konanie na vlastnú zodpovednosť len mimoriadne malý rozsah“ a „právo na samostatné určenie stanov, organizácie, príspevkov a plnenia sa im ďalekosiahlo upiera“.

23 — Pozri Arrowsmith, S.: *The Law of Public and Utilities Procurement*. Thomson, Sweet & Maxwell, London 2005, s. 260, časť 5.7. V tejto súvislosti generálny advokát Alber v jeho návrhoch k rozsudku University of Cambridge, už citovanému v poznámke pod čiarou 7, bod 37, uviedol, že „je pravda, že v rozsudkoch Connemara Machine Turf... a Komisia/Irsko... Súdny dvor rozhodol, že na to, aby mohol byť subjekt v Írsku považovaný za verejného obstarávateľa, bolo potrebné, aby existovala kontrola nad zadávaním verejných zákaziek na dodávku tovaru (a za dostatočnú sa považovala aj nepriama kontrola, t. j. nie výslovná)“.

24 — Už citovaný v poznámke pod čiarou 15, body 50, 52, 54 a 56.

50. Z vyššie uvedeného vyplýva, že predmetné zdravotné a sociálne poisťovne taktiež spĺňajú tretiu podmienku (druhú alternatívu), keďže ich riadenie podlieha dohľadu štátnych orgánov.

25 — Rozsudok z 9. júna 2004, DVBl. 2004, 1161, 1163.

51. Z toho vyplýva, že nemecké zdravotné a sociálne poisťovne, ktoré sú predmetom prejednávanej veci, predstavujú inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, pretože sú uvedené na tento účel v prílohe III smernice 2004/18 a v každom prípade spĺňajú všetky podmienky stanovené v judikature Súdneho dvora, aby sa za také považovali.

B — Druhá otázka

52. Keďže na prvú otázku sa odpovedalo kladne, druhou prejudiciálnou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či sa predmetné poskytnutie má považovať za „verejnú zákazku na dodávku tovaru“, alebo za „verejnú zákazku na služby“. Význam tejto otázky spočíva v tom, že zaradenie ako „verejná zákazka na dodávku tovaru“ by viedlo k plnému uplatneniu ustanovení smernice 2004/18.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

53. Oymanns v podstate tvrdí, že dodanie tovaru, ktorý sa vyrába individuálne, by sa malo považovať celkovo za dodanie výrobkov.

54. AOK v podstate uvádza, že príslušnou otázkou je, ako určiť hodnotu „výrobkov“ a „služieb“, ktoré spolu tvoria zmiešanú zákazku. V prípade, akým je tento, treba okrem „hodnoty“ určiť, ktoré z nich sú „obsahom určujúcim zákazku“.

55. Komisia v podstate tvrdí, že určenie medzi verejným obstarávaním výrobkov a verejným obstarávaním služieb sa má riadiť druhým pododsekom článku 1 ods. 2 písm. d) smernice, ktorý stanovuje kvantitatívne kritérium hodnoty.

2. Posúdenie

56. Po prvé v rozpore s vnútroštátnym súdom zastávam názor, že rozsudok Auroux a i.²⁶ — podľa ktorého rozdiel medzi verejnou zákazkou na služby a verejnou zákazkou na práce by sa mal určiť na základe hlavného účelu zákazky, (kvalitatívny test) — nie je uplatniteľný na účely rozlíšenia medzi

²⁶ — Rozsudok z 18. januára 2007, Auroux a i., C-220/05, Zb. s. I-385, body 37 a 46.

verejným obstarávaním tovaru a verejným obstarávaním služieb.

57. V tomto ohľade článok 1 ods. 2 písm. d) smernice viac-menej stanovuje, že „verejná zákazka, ktorej predmetom sú výrobky aj služby..., sa považuje za „verejnú zákazku na služby“, ak *hodnota* príslušných služieb [(kvantitatívny test)] preyšuje hodnotu výrobkov, na ktoré sa táto zákazka vzťahuje“ (kurzívou zvýraznil generálny advokát).²⁷ Výklad, že hodnota je jediným ukazovateľom na určenie, či je zákazka dodaním tovaru, alebo poskytnutím služieb, tiež potvrdzuje znenie článku 22 smernice.

58. Keďže otázka hodnoty je vecným posúdením, musí ho vykonať vnútroštátny súd. Všeobecným pravidlom však je, že zákazka je zákazkou na dodávku tovaru, ak hodnota protiplnenia zodpovedajúceho tovaru je rovnaká alebo vyššia ako hodnota zodpovedajúca službám. V opačnom prípade ide o verejnú zákazku na služby.²⁸

27 — Pre prípad týkajúci sa aj výrobkov, aj služieb pozri napríklad rozsudok z 18. novembra 1999, Teckal, C-107/98, Zb. s. I-8121.

28 — Pozri Arrowsmith, S.: dielo už citované v poznámke pod čiarou 23, s. 332, časť 6.73; a Trepte, P.: dielo už citované v poznámke pod čiarou 11, s. 235, časť 4.107.

59. Bude preto potrebné určiť, za čo sa má považovať výroba individuálne prispôbenej obuvi v kontexte celkového dodania (pozostávajúceho okrem iného z výroby topánok a zo súvisiacich služieb).

60. Napriek tomu sa mi zdá, že zhotovenie individuálne prispôbenej obuvi by sa malo *prima facie* považovať za súčasť dodania tovaru. V tejto súvislosti vnútroštátny súd uvádza, že podľa predbežného odhadu hodnota dodávky obuvi je napriek rozsiahlej povinnosti poskytnutia konzultácií vyššia než hodnota služby. Navyše vnútroštátny súd správne zdôrazňuje, že článok 1 ods. 4 smernice 1999/44 považuje zmluvy na dodávky spotrebného tovaru, ktorý sa má zhotoviť alebo vyrobiť za kúpne zmluvy, a to nezávisle od toho, či pritom ide o štandardizované, alebo individuálne veci, prispôbené na konkrétny postup obstarania (takzvané „nezastupiteľné“ výrobky).

61. Komisia navyše správne poznamenáva, že nariadenie (ES) č. 2195/2002 o spoločnom slovníku obstarávania,²⁹ v ktorom sa ortopedická obuv spomína pri viacerých príležitostiach, umožňuje predpoklad, že predstavuje

29 — Nariadenie Európskeho parlamentu a Rady z 5. novembra 2002 (ES) č. 2195/2002 o spoločnom slovníku obstarávania (CPV) (Ú. v. ES L 340, s. 1; Mim. vyd. 06/005, s. 3).

„výrobky“, aj keď vyžaduje poskytnutie konzultácií.³⁰ Nakoniec možno v súlade s druhým pododsekom článku 1 ods. 2 písm. d) dokonca tvrdiť, že zákazka, ktorá je predmetom prejednávanej veci, je verejná zákazka na dodávku tovaru (dodávku výrobkov, *in casu*, topánok), ktorá mimochodom takisto pokrýva veľmi osobitnú formu „inštalácie“ (poskytnutie služieb, *in casu*, podrobných konzultácií o používaní výrobku). Inými príkladmi môžu byť: zákazka na systém spracovania dát, ktorá často zahŕňa technické prostriedky (tovary) a programové vybavenie na mieru, alebo zákazka na dodávku tovaru (napríklad motorových vozidiel) a ich údržbu.³¹

C — Tretia otázka

63. V prípade, že plnenie spomínané v druhej otázke má byť považované za „službu“, svojou treťou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či je „verejná koncesia na služby“ — na rozdiel od „rámcovej dohody“ — aplikovateľná za okolností, akými sú okolnosti v prejednávanej veci. Vnútroštátny súd poznamenáva, že určenie, že ide o „zákazku na služby“, vedie na základe vnútroštátneho práva k uplatneniu určitých predpisov týkajúcich sa verejných zákaziek, takže návrh, ktorý predložil Oymanns, by bol prinajmenšom čiastočne úspešný, zatiaľ čo pri určení, že ide o „koncesiu na služby“, by musel byť *a priori* zamietnutý.

62. Následne by sa malo na druhú otázku odpovedať v tom zmysle, že poskytnutie tovaru, ktorý je zhotovený a prispôbený individuálnym požiadavkám daného zákazníka, ako aj o ktorého použití sa vedú individuálne konzultácie so zákazníkom, sa má považovať za „zákazku na dodávku tovaru“ alebo za „zákazku na služby“ na základe hodnoty jednotlivých plnení, ktoré sa majú zohľadniť, čo je vecným posúdením, ktoré musí vykonať vnútroštátny súd.

1. Hlavné tvrdenia účastníkov konania

30 — Nemecké právo navyše stanovuje, že tento typ obuvi predstavuje „doplňok“ bez ohľadu na to, či bola zhotovená sériovo, alebo na mieru (paragraf 128 SGB V, kategória 31 „obuv“).

31 — Pozri Arrowsmith, S.: dielo už citované v poznámke pod čiarou 23, s. 331 až 332, časť 6.73.

64. Oymanns tvrdí, že program integrovanej starostlivosti je rámcovou dohodou, pretože len definuje rámec uplatniteľný na indivi-

duálne zmluvy — ktoré budú uzatvorené neskôr — a najmä cenu.

služby s tým rozdielom, že protiplnením za poskytovanie služieb je buď len právo na využívanie služby, alebo toto právo spojené s peňažným plnením“.

65. AOK v podstate tvrdí, že plánovaná dodávka v kontexte integrovanej zabezpečovacej schémy je verejnou koncesiou na služby; rámcová dohoda nie je uplatniteľná, lebo zdravotná a sociálna poisťovňa stráca kontrolu — tým, že uzatvorí zákazku s poskytovateľom — nad zvyškom konania.

68. Na druhej strane je „rámcová dohoda“ definovaná ako „dohoda medzi jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi a jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi, ktorej cieľom je stanoviť podmienky upravujúce zákazky, ktoré sa budú zadávať počas daného obdobia, najmä pokiaľ ide o cenu a prípadne aj o predpokladané množstvo“.

66. *Komisija* v podstate uvádza, že dohoda medzi zdravotnou a sociálnou poisťovňou a poskytovateľom je rámcovou dohodou.

2. Posúdenie

67. Smernica na jednej strane definuje „verejnú koncesiu na služby“ ako „zákazku rovnakého druhu ako verejná zákazka na

69. Po prvé súhlasím s názorom, ktorý zastáva Oymanns, že sporná dohoda nemôže byť verejnou koncesiou na služby, pretože ide o zdravotnú a sociálnu poisťovňu — a nie o pacienta, odhliadnuc od nízkych príspevkov —, ktorá je zodpovedná za odmeňovanie. V tejto súvislosti sa uvádza odkaz na rozsudok *Parking Brixen*.³² Integrovaná zabezpečovacia schéma nie je verejnou koncesiou na služby, lebo tá zahŕňa prenos práva na využívanie určitej služby a koncesionár nesie všetko

32 — Rozsudok z 13. októbra 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Zb. s. I-8585, body 39 a 40.

hospodárske riziko, ktoré sa vzťahuje na využívanie, alebo väčšinu tohto rizika. V prejednávanej veci poskytovateľ nie je povinný poskytnúť službu predtým, ako uzatvorí individuálnu zmluvu s poistencom. Preto ani nezíska ako protiplnenie žiadne skoršie právo na využívanie služby.³³ Poskytovateľ je povinný poskytnúť svoju službu na žiadosť poistenca, avšak bez možnosti vyjednávať cenu alebo jeho odmenu, lebo tá je schválená zdravotnou a sociálnou poisťovňou a bude mu ňou aj vyplatená. Poskytovateľ teda nenesie nijaké hospodárske riziko na účely vyššie uvedenej judikatúry Spoločenstva.

bude chcieť poistenec jeho služby, predstavuje presne jednu z vlastností rámcovej dohody, v súlade s článkom 1 ods. 5 smernice. Poznamenal by som ešte, že aj keby vnútroštátny súd určil, že predmetná dodávka je „zákazka na služby“, zastávam názor, že by sa mala stále kvalifikovať ako rámcová dohoda, a nie ako verejná koncesia na služby.

70. Súhlasím preto s Komisiou, že v prípade dohody medzi zdravotnou a sociálnou poisťovňou a poskytovateľom ide o takmer klasický príklad rámcovej dohody, pretože stanovuje podmienky upravujúce dodanie a konzultácie, ktoré budú poskytované počas určitého obdobia. Až na základe následnej individuálnej zmluvy je poskytovateľ povinný dodať obuv a zdravotná a sociálna poisťovňa je povinná zaplatiť odmenu. Skutočnosť, že dodávateľ vopred nevie, či a v akom rozsahu

71. S ohľadom na vyššie uvedené by sa na tretiu otázku malo odpovedať tak, že ak by sa poskytnutie tovaru uvedené v druhej otázke klasifikovalo ako „služba“, článok 1 ods. 4 smernice — na rozdiel od „rámcovej dohody“ v zmysle článku 1 ods. 5 smernice — sa má vykladať v tom zmysle, že poskytovanie tovaru vo forme, ktorá je predmetom prejednávanej veci, sa nemá považovať za „verejnú koncesiu na služby“.

33 — V rozsudku zo 7. decembra 2000, Telaustria a Telefonadress, C-324/98, Zb. s. I-10745, bod 30 (ktorý sa týka skoršej smernice 93/38), Súdny dvor definoval právo na využívanie služby ako „právo na zhodnotenie svojej vlastnej služby“. V prejednávanej veci zmluvná strana nemusí vybudovať a udržiavať nijaké nákladné štruktúry (priestory, personál, prístroje), ktorých amortizácia by sa musela uskutočniť odmenou za jednotlivé zákazky.

IV — Návrh

72. Navrhujem preto Súdnemu dvoru, aby na prejudiciálne otázky Oberlandesgericht Düsseldorf (Nemecko) odpovedal takto:

1. Nemecké zdravotné a sociálne poisťovne, ktoré sú predmetom prejednávanej veci, predstavujú inštitúcie, ktoré sa spravujú verejným právom, pretože sú uvedené na tento účel v prílohe III smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby, a v každom prípade spĺňajú všetky podmienky stanovené v judikatúre Súdneho dvora, aby sa za také považovali.
2. Poskytnutie tovaru, ktorý je zhotovený a prispôbený individuálnym požiadavkám daného zákazníka a o ktorého použití sa vedú individuálne konzultácie so zákazníkom, sa má považovať za „zákazku na dodávku tovaru“ alebo za „zákazku na služby“ na základe hodnoty jednotlivých plnení, ktoré sa majú zohľadniť, čo je vecným posúdením, ktoré musí vykonať vnútroštátny súd.
3. Ak by sa poskytnutie tovaru uvedené v druhej otázke klasifikovalo ako „služba“, článok 1 ods. 4 smernice 2004/18 — na rozdiel od „rámcovej dohody“ v zmysle článku 1 ods. 5 tejto smernice — sa má vykladať v tom zmysle, že poskytovanie tovaru vo forme, ktorá je predmetom prejednávanej veci, sa nemá považovať za „verejnú koncesiu na služby“.