

KOHTUJURISTI ETTEPANEK

JÁN MAZÁK

esitatud 16. detsembril 2008¹

1. Käesolevas eelotsusetaotluses palub liidumaa kõrgeima kohtu Oberlandesgericht Düsseldorf (Saksamaa) hankesakond Euroopa Kohtul tõlgendada direktiivi 2004/18/EÜ seoses Saksa riiklike haigekassadega.² Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib sisuliselt, kas need kassad on avalik-õiguslikud asutused ja seega hankijad, ning kuidas liigitada kohtuasjas käsitletavat riigihanget.

„*Ostja* [mõiste „ostja” asemel on kasutatud täpsemat vastet „hankija”] – riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused, avalik-õiguslikud isikud [mõiste „avalik-õiguslik isik” asemel on kasutatud täpsemat vastet „avalik-õiguslik asutus”] ning ühest või mitmest kõnealusest organist või avalik-õiguslikust asutusest koosnevad ühendused.

Avalik-õiguslik asutus on mis tahes isik:

I. Õiguslik raamistik

a) mis on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega;

A. Ühenduse õigus

b) mis on juriidiline isik ja

2. Direktiivi 2004/18 artikli 1 lõige 9 sätestab:

¹ – Algne: inglise.

² – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004 aasta direktiiv ehitustööde riigihankepingute, asjade riigihankepingute ja teenuste riigihankepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta (ELT 2004, L 134, lk 114; ELT eriväljaanne 06/07, lk 132; edaspidi „direktiiv”).

c) mida põhiliselt rahastab riik, piirkondlikud või kohalikud omavalitsused või teised avalik-õiguslikud asutused või

mille juhtimist need asutused kontrollivad või millel on haldus-, juhtimis- või järelevalveorgan, mille liikmetest üle poole nimetab riik, piirkondlik või kohalik omavalitsus või teised avalik-õiguslikud asutused.

avalik-õiguslike asutuste ja nende kategooriate loetelu III lisas, kui see on liikmesriikide teatiste põhjal vajalik [...]”

5. Direktiivi artikkel 1 pealkirjaga „Mõisted” sätestab järgmist:

Teise lõigu punktides a, b ja c nimetatud kriteeriumidele vastavate avalik-õiguslike asutuste ja nende asutuste kategooriate mitmetäielikud nimekirjad on esitatud III lisas. Liikmesriigid teatavad komisjonile regulaarsete ajavahemike tagant kõigist avalik-õiguslike asutuste ja nende kategooriate nimekirjades tehtud muudatustest.”

„2. a) *Riigihankelepingud* – ühe või mitme ettevõtja ning ühe või mitme ostja vahel kirjalikult sõlmitud rahaliste huvidega seotud lepingud, mille objektiks on ehitustööd, toodete tarnimine või teenuste osutamine käesoleva direktiivi tähenduses.

3. Direktiivi III lisa III osa „Saksamaa” punkti 1 „Kategoriad” alapunktis 1.1 on sätestatud: [...] „Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) [sotsiaalkindlustusasutused: haigekassa-, õnnetus- ja pensionikindlustusfondid]”.

[...]

4. Direktiivi artikkel 79 pealkirjaga „Muudatused” sätestab, et „[a]rtikli 77 lõikes 2 osutatud korras võib komisjon muuta [...] d)

c) *Asjade riigihankelepingud* – muud kui punktis b nimetatud riigihankelepingud, mille objektiks on toodete ostmine, üürimine, rentimine või liisimine koos väljaostuvõimalusega või ilma.

[...]

eesmärk on kehtestada teatava aja jooksul sõlmitavaid lepinguid reguleerivad tingimused, eelkõige hinna ja vajadusel ettenähtud koguse osas.

- d) *Teenuste riigihankelepingud* – muud riigihankelepingud kui ehitustööde või asjade riigihankelepingud, mille eesmärgiks on II lisa nimetatud teenuste osutamine.

[...]”.

Riigihankelepingut, mille objektiks on nii tooted kui ka teenused II lisa tähenduses, loetakse teenuste riigihankelepinguks juhul, kui asjaomaste teenuste maksumus ületab lepinguga hõlmatud toodete maksumuse.

6. Direktiivi artikli 32 lõige 2 sätestab, et „[r]aamlepingute sõlmimisel täidavad ostjad käesolevas direktiivis nimetatud protseduuri-reegleid [...]”.

[...]

7. Direktiivi artikkel 21 sätestab, et „[l]epingute suhtes, mille objektiks on II B lisa loetletud teenused, kehtivad üksnes artikli 23 ja artikli 35 lõike 4 sätted”.

4. *Teenuste kontsessioon* – sama liiki leping kui teenuste riigihankeleping, välja arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada või see õigus koos tasuga.

8. II B lisa kategooria nr 25 ese on „Tervishoiu- ja sotsiaalteenused”.

5. *Raamleping* – leping ühe või mitme ostja ning ühe või mitme ettevõtja vahel, mille

9. Direktiivi artikkel 22 sätestab, et „[l]epingud, mille objektiks on nii II A lisa kui ka II B lisa loetletud teenused, sõlmitakse

vastavalt artiklitele 23–55 juhul, kui II A lisas loetletud teenuste maksumus on suurem kui II B lisas loetletud teenuste maksumus. Muudel juhtudel sõlmitakse lepingud artikli 23 ja artikli 35 lõike 4 kohaselt.”

10. Lõpuks sätestab direktiiv 1999/44/EÜ³ artikli 1 lõige 4, et „[v]almistatavate või toodetavate tarbekaupade tarnelepingud loetakse käesoleva direktiivi kohaldamisel samuti müügilepinguteks”.

B. Siseriiklik õigus

11. Saksa riiklikku tervishoiusüsteemi ning riiklike haigekassade korraldamist ja rahastamist selles riigis käsitletakse Sozialgesetzbuch'i (sotsiaalseadustik; edaspidi „SGB”) IV ja V raamatus. SGB § 1 lõige 1 sätestab, et nende haigekassade kui solidaarsuspõhimõttel põhineva ühenduse ülesanne on kindlustatud isikute tervise hoidmine, taastamine ja parandamine.

3 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 25. mai 1999. aasta direktiiv tarbekaupade müügi ja nendega seotud garantiide teatavate aspektide kohta (EÜT 1999, L 171, lk 12; ELT eriväljaanne 15/04, lk 223).

12. Riiklikud haigekassad on avalik-õiguslikud asutused ja juriidilised isikud, kellel on ühtlasi isemajandamise õigus. Kohustusliku kindlustusskeemiga hõlmatud isikud võivad valida millise riikliku haigekassaga nad liituvad, kuid nad ei saa valida riikliku haigekassa ja eraõigusliku ravikindlustusfondi vahel. Haigekassasid rahastatakse i) kindlustatud isikute kohustuslikest kindlustusmaksetest, ii) liidumaa otsetoetustest ja iii) kompenseerivatest maksetest, mis ühelt poolt tulenevad rahalise hüvitamise süsteemist, mis hõlmab erinevaid riiklike haigekassasid ja teiselt poolt struktuursete riskide tasakaalustamise mehhanismist.

13. Kindlustusmaksete summa sõltub üksnes kindlustatu sissetulekust vastavalt kindlustusmaksete hindamiseks arvestatavale sissetuleku piirmäärale. Teised tegurid, nagu vanus, varasem haiguslugu või kaaskindlustatute arv, ei ole olulised. Praktikas arvestab tööandja töötaja kantava kindlustusmaksete osa töötaja palgast maha ning kindlustusmakse makstakse haigekassale koos tööandja osaga kindlustusmaksest. Kindlustusmaksete tasumine ja kinnipidamine on avaliku õiguse sätete alusel kohustuslik.

14. Kindlustusmakse määra ei kehtesta riik, vaid riiklikud haigekassad. Need kassad peavad maksemäärad välja arvutama nii, et need kataksid koos teiste vahenditega ühendatult seadusega ettenähtud kulud ja tagaksid,

et tegevuseks vajalikud vahendid ja põhikirja-järgsed reservid oleksid kättesaadavad. Kindlustusmakse määra kehtestamiseks on vaja iga haigekassa üle järelevalvet teostava riikliku järelevalveasutuse heakskiitu ning kindlustusmaksete suurus on teatud määral sätestatud seaduses. See tuleb määrata selliselt, et laekuvad tulud ei ole kuludest väiksemad ega suuremad. Kuna valdav enamus makstavatest hüvitistest on seaduses sätestatud, ei saa konkreetne haigekassa kulude summat olulisel määral otseselt mõjutada.

määrade kehtestamise, ehitamise ja kinnistute või tarkvaraostu jaoks on nõutav järelevalveasutuse luba. Järelevalveasutused on kohustatud kontrollima haigekassade ärijuhtimist, raamatupidamist ja tegevjuhtimist. Riiklik järelevalveasutus võib nõuda dokumentide ja teabe esitamist ja väljastamist. Iga haigekassa hinnanguline eelarve tuleb riiklikule järelevalveasutusele esitada õigeaegselt.

15. Kindlustatute erinevatest riskistruktuuridest tulenevate kuluerinevuste jaoks on riskide tasakaalustamise süsteemiga ette nähtud ulatuslik puhver. Samuti on haigekassade vahel olemas teatav „solidaarsuskohustus”. Sel viisil tagab riik kaudselt, et üksikute haigekassade kulukohustused on täidetud. Haigekassadel on õigus isemajandamisele ja nad tegutsevad riigi järelevalve all. Seaduslik järelevalve Saksa tervishoiusüsteemis ei piirdu lihtsalt tagantjärele kontrollimisega.

16. Teatud meetmete, nagu haigekassade põhikirjade muutmise, kindlustusmakse

17. Arvestades, et käsitletava süsteemi raames ei ole kindlustatul õigus haigekassa kaudu mitte kulude hüvitamisele, vaid õigus saada vastavaid teenuseid tasuta, niinimetatud „mitterahaliste teenuste” põhimõttel, julgustatakse haigekassasid sõlmima eri teenusepakkujatega „sotsiaalteenuste lepingud”, mis hõlmavad mitut valdkonda või on valdkonnaülesed. Need „terviklikud sotsiaalteenuste lepingud” sõlmitakse haigekassade ja erinevate teenusepakkujate vahel, kes on võimelised tagama kindlustatutele raviteenuseid. Nendes määratakse kindlaks tasu tervikliku sotsiaalteenuse erinevate teenusepakettide eest, mis peavad katma kõiki teenuseid, mida kindlustatud võivad sotsiaalteenuste lepingu raames kasutada. Tervikliku sotsiaalteenuste lepingu osapool on haigekassa ja tema peab ka teenusepakkujale tasu maksma. Kindlustatute osalemine tervikliku sotsiaalteenuse eri teenusepakettides on vabatahtlik, aga kui kindlustatu on konkreetse teenusepaketi valinud, siis tuleb neil kasutada selle teenusepakkuja teenuseid, kellega asjamine haigekassa on sõlminud seda laadi lepingu.

II. Asjaolud ja eelotsuse küsimused

18. Põhikohtuasja kostja, riiklik haigekassa AOK Rheinland, mis ühines AOK Hamburgiga (edaspidi „AOK”), kutsus 2006. aasta juunis väljaandes *Orthopädie-Schuhtechnik* avaldatud teates ortopeediliste jalatsite tootjad tegema pakkumusi diabeetilise jala sündroomi jaoks kohandatud jalatsite tootmiseks ja tarnimiseks SGB V § 140a jj tähenduses tervikliku sotsiaalteenuste lepingu raames ajavahemikul 1. septembrist 2006 kuni 31. detsembrini 2006. Vajalikud teenused jagati kulu järgi erinevatesse hinnakategooriatesse, mille osas pakkuja pidi tegema hinnapakkumise. „Eritingimuste” all oli määratud, et haigekassakaarti ja asjakohast arstiretsepti omavad patsiendid pöörduvad otse asjaomaste ortopeediliste jalatsite tootjate poole; AOK deklaratsioon kulude kandmise kohta ei olnud vajalik. Lepingupoole ülesanne oli toota ja kontrollida eritellimusel ortopeedilisi jalatseid, kusjuures üksikasjalikku nõustamist tuli pakkuda enne mõtmist, tarnimise ajal ja ettenähtud kontrollide käigus. Lisaks patsientide makstavale osalisele tasule pidi tasu maksma ka AOK.

19. Ortopeedilisi jalatseid valmistav ettevõtte Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (edaspidi „Oymanns”), kes esitas pakkumuse, esitas hiljem vaidlustuse seoses hankeseaduse rikkumisega. AOK lükkas etteheited tagasi

põhjusel, et riigihankeseaduse eeskirjad ei olnud asjas kohaldatavad. Oymanns algatas hanke läbivaatamise menetluse riigihankekojas (Vergabekammer), mis jättis läbivaatamistootluse rahuldamata. Oymanns kaebas seejärel selle otsuse eelotsusetaotluse esitanud kohtusse.

20. Oberlandesgericht Düsseldorf otsustas menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmised eelotsuse küsimused:

„1. a) Kas direktiivi artikli 1 lõike 9 teise lõigu punkti c esimese alternatiivi koosseisu tunnust „rahastab riik” tuleb tõlgendada nii, et riik määrab kindlaks konkreetse haigekassa juures kindlustatavad isikud ning kindlustusmaksete – mille suurus sõltub sissetulekust – tasumise kohustuse, kusjuures haigekassa määrab kindlaks kindlustusmakse määra; seejuures on haigekassad eelotsusetaotluse väidetes lähemalt kirjeldatud solidaarse rahastamise süsteemi kaudu üks-teisega seotud ning tagatud on iga üksiku haigekassa kohustuste täitmine?

- b) Kas artikli 1 lõike 9 teise lõigu punkti c teise alternatiivi koosseisu tunnust „mille juhtimist need isikud kontrollivad” tuleb tõlgendada nii, et koosseisu tunnuse täitmiseks piisab riiklikust järelevalvest, mis hõlmab ka veel jooksvaid või tulevaseid tehinguid, millele lisanduvad vajadusel eelotsusetaotluse väidetes kirjeldatud riigi sekkumisvõimalused?
- käsitleda ka riigihankelepingut sellisel kujul, mille alusel
- otsuse selle kohta, kas ja millistel juhtudel saab pakkuja konkreetseid tellimusi, ei tee mitte hankija, vaid kolmas isik,
2. Kui vastus esimesele eelotsuse küsimusele punktis a või b on jaatav, kas siis tuleb direktiivi artikli 1 lõike 2 punkte c ja d tõlgendada nii, et selliste toodete tarnimine, mis on oma vormilt individuaalselt vastavalt konkreetse kliendi vajadustele valmistatud ja neile kohandatud ning mille kasutamise osas tuleb konkreetseid kliente individuaalselt nõustada, tuleb liigitada „asjade riigihankelepinguks” või „teenuste riigihankelepinguks”? Kas seejuures tuleb silmas pidada üksnes erinevate soorituste maksumust?
- pakkujale tasub hankija, kuna üksnes viimati nimetatul on seaduse alusel ainuke hüvitamiseks kohustatud isik ja kolmandatele isikutele teenuse osutamiseks kohustatud, ning
 - pakkuja ei pea enne kolmanda isiku nõuet tegema või esitama mingu-guseid sooritusi?”
3. Kui teises küsimuses nimetatud tarnimist tuleb / või võib liigitada „teenuseks”, kas siis tuleb direktiivi artikli 1 lõiget 4 – eristades seda raamlepingust direktiivi artikli 1 lõike 5 tähenduses – tõlgendada nii, et „teenuste kontsessioonina” tuleb
21. Kirjalikke märkusi esitasid Oymanns, AOK ja komisjon. Pooled esitasid suulisi väiteid kohtuistungil, mis toimus 19. juunil 2008.

III. Õiguslik analüüs

sasid rahastab enamjaolt riik ja et nende juhtimise üle teostab järelevalvet riik.

A. Esimene küsimus

22. Esimese küsimusega soovib Oberlandesgericht Düsseldorf sisuliselt saada juhiseid küsimuses, kas haigekassad on avalik-õiguslikud asutused direktiivi 2004/18 tähenduses, sest Saksamaal vaieldakse, kas riiklikke haigekassasid tuleb pidada avalik-õiguslikeks asutusteks, vaatamata sellele, et neid nimetakse direktiivi III lisas.

24. Põhikohtuasja kostja AOK väidab, et direktiivi 2004/18 III lisas nimetamine on pelgalt soovituslik. Mis puutub riigipoolsesse rahastamisse, siis see peab toimuma otse riigiressurssidest. Lõpuks väidab AOK sisuliselt, et riigiasutused teostavad vaid õiguslikku kontrolli.

1. Poolte põhiargumendid

23. Põhikohtuasja hageja Oymanns väidab, et asjaolu, et Saksa haigekassad on nimetatud direktiivi 2004/18 III lisas, on vaieldamatu eeldus, et ühenduse seadusandja on pidanud neid haigekassasid avalik-õiguslikeks asutusteks. Oymanns väidab sisuliselt, et haigekas-

25. Komisjon märgib, et haigekassad on direktiivi III lisas otseselt nimetatud ja leiab seega, et need tuleks liigitada avalik-õiguslikeks asutusteks. Lisaks väidab komisjon sisuliselt, et vaidlusalused haigekassad vastavad liigitamise tingimustele.

2. Hinnang

ennast juhtida muudel kui majanduslikel kaalutlustel”.⁷

26. Vastavalt direktiivi 2004/18 artikli 1 lõikele 9 peavad põhimenetluses käsitletavad haigekassad vastama avalik-õiguslike asutuste tunnustele, tõendamaks, et nad on tellijad.

28. Kõigepealt on Saksa riiklikud haigekassad direktiivi III lisa konkreetselt nimetatud. Kõnealune lisa sisaldab mitteammendavat loetelu liikmesriikide avalik-õiguslikest asutustest, mis „vastavad [artikli 1 lõikes 9] nimetatud kriteeriumidele”.

27. Sellega seoses, nagu märkis kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomer kohtuasjas Bayerischer Rundfunk jt⁴ esitatud ettepanekus „nõuab Euroopa Kohtu väljakujunenud praktika, et ühenduse õiguse autonoomset mõistet „hankija” tõlgendatakse funktsionaalselt⁵ ja laialt,⁶ arvestades, et selle eesmärk on vältida iga lepingu sõlmimisel ohtu, et tellija eelistab kodumaiseid pakkujaid või kandidaate, nagu ka võimalust, et riigi rahastatav või riigi kontrolli all olev organisatsioon laseks

29. Tuleks märkida, et liikmesriigid ei või direktiivi III lisa ühepoolset muuta. Direktiivi artikli 1 lõige 9 sätestab, et liikmesriigid peavad teatama komisjonile kõigist avalik-õiguslike asutuste nimekirjades tehtud muudatustest. Direktiivi artiklist 79⁸ tuleneb, et ainult komisjon on volitatud muutma „avalik-õiguslike asutuste ja nende kategooriate loetelu III lisa, kui see on liikmesriikide teatiste põhjal vajalik”. Seda

4 – 13. detsembri 2007. aasta otsus kohtuasjas C-337/06, EKL 2007, lk I-11173, punkt 66.

5 – Vt 10. aprilli 2008. aasta otsus kohtuasjas C-393/06: Ing. Aigner EKL 2008, I-2339, punkt 37, milles viidatakse eespool viidatud kohtuotsusele Bayerischer Rundfunk jt, punktid 36 ja 37 ning seal viidatud kohtupraktika. Kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomer viitab seal muu hulgas 27. veebruari 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-373/00: Adolf Truley EKL 2003, lk I-1931, punkt 41, ja 16. oktoobri 2003. aasta otsusele kohtuasjas C-283/00: komisjon vs. Hispaania, EKL 2003, lk I-11697, punkt 73.

6 – Eespool viidatud kohtuotsuses Adolf Truley, punkt 43, otsustas Euroopa Kohus, et „arvestades konkurentsile avatuse ja läbipaistvuse toeltesmärgi, tuleb avalik-õigusliku isiku mõistet tõlgendada laias tähenduses”. Kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomer viitab siinkohal Wollenschläger, F., „Der Begriff des „öffentlichen Auftraggebers“ im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes” [Hankija mõiste Euroopa Kohtu hiljutise kohtupraktika seisukohast], *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, nr 8/2005, lk 345.

7 – Kohtujurist D. Ruiz-Jarabo Colomer viitab siinkohal 3. oktoobri 2000. aasta otsusele kohtuasjas C-380/98: University of Cambridge, EKL 2000, lk I-8035, punkt 17; 12. detsembri 2002. aasta otsusele kohtuasjas C-470/99: Universale-Bau jt, EKL 2002, lk I-11617, punkt 52, ja eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusele Adolf Truley, punkt 42.

8 – Pealkirjaga „Muudatused”.

tehes peab komisjon järgima komiteemenetlust.⁹ Euroopa Kohtule esitatud dokumentidest nähtub, et seni ei ole Saksa haigekassade asjus komiteemenetlust algatatud.

ainult eespool kirjeldatud komiteemenetluse korras.¹²

30. Õeldu põhjal leian ma, et asjaolu, et Saksa haigekassad on direktiivi III lisas nimetatud, annab alust arvata, et neid tuleb vaadelda hankijatena vastavalt direktiivile.¹⁰ Kui III lisa loetelu ei ole olemuselt ammendav, siis nimetas ühenduse seadusandja loetelu vastu võttes teatavaid asutusi, mida tuleb tema arvates avalik-õiguslikuks asutuseks liigitada.¹¹ Lisaks võib III lisa loetelu muuta

31. Selles suhtes märgiksin, et ühenduse seadusandja seisukohta kajastab Bundesverfassungsgericht'i (Saksamaa konstitutsioonikohus) 31. jaanuari 2008. aasta kohtuotsus,¹³ milles see kohus sedastas, et kohalikud haigekassad on avalik-õiguslikud asutused.

32. Sellegipoolest ma näitan, et Saksa haigekassad tuleb igatahes klassifitseerida hankijateks.

33. Direktiivi 2004/18 artikli 1 lõike 9 mõiste „hankija” määratlus järgib varasemate riigihankedirektiivide sõnastust. Tegelikult kujutab see direktiiv endast suures osas kõikide eelnevate riigihankelepingute sõlmi-

9 – Direktiivi artiklis 79 viidatakse korrale, mis on esitatud artiklis 77 pealkirjaga „Nõuandekomitee”, mis sätestab, et nõukogu 28. juuni 1999. aasta otsuse 1999/468/EÜ, millega kehtestatakse komisjoni rakendusvolituste kasutamise menetlused (EÜT 1999, L 184, lk 23; ELT eriväljaanne 01/03, lk 124), artikleid 3 ja 7 kohaldatakse vastavalt selle otsuse artiklile 8.

10 – Üldiselt peaks asutusel olema võimalus esitada argumente, et näidata, miks teda ei tule (enam) pidada direktiivi tähenduses avalik-õiguslikuks isikuks, aga seda ei ole käesolevas asjas tõendatud.

11 – Selline arusaamine näib olevat kooskõlas eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusega *Adolf Truley*, mille punktis 44 Euroopa Kohus sedastas, et „kui konkreetset asutust ei ole direktiivi 93/37 I lisas nimetatud, siis tuleb selle õiguslik ja faktiline olukord kindlaks määrata igal üksikjuhul selleks, et hinnata, kas see asutus tegutseb üldistes huvides”. Vt ka Trepte, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2nd ed., Oxford University Press, 2007, lk 102, punkt 2.21: „peeti kindlalt vajalikuks koostada kõikide liikmesriikide nende asutuste nimekiri, mida *tol ajal* peeti selle mõiste alla kuuluvaks. See tähendab, et nimekirjades ... on märgitud need asutused, mida tuleb *kindlasti* [kohtujuristi kursiiv] pidada avalik-õiguslikeks juriidilisteks isikuteks”. Trepte, P. märgib ühtlasi, et Euroopa Kohus on kasutanud lisas esitatud loeteludes nimetatud asutusi selle mõistega hõlmatud asutuste liikide kohta näidete toomiseks ja tsiteerib 10. novembri 1998. aasta otsust kohtuasjas C-360/96: *BFI Holding*, EKL 1998, lk I-6821, punkt 51, ning 10. mai 2001. aasta otsust liidetud kohtuasjades C-223/99 ja C-260/99: *Agorà* ja *Excelsior*, EKL 2001, lk I-3605, punkt 37.

12 – Vt kohtujurist S. Alberi ettepanek eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas *University of Cambridge*, punkt 20. Samane tõlgendus Chiti, M. P., „The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law”, *European Public Law*, kd 8, 4th ed., 2002, lk 489. Vt ka eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus *Adolf Truley*, punkt 39, kus Euroopa Kohus sedastas, et nimekirjade „täpsus varieerub liikmesriigi märkimisväärselt”.

13 – 1 BvR 2156/02.

mist käsitlevate direktiivide sätete uuesti sõnastamist või konsolideerimist.¹⁴

34. Euroopa Kohus on otsustanud, et vastavalt kohtupraktikale on direktiivi artikli 1 lõikes 9 sätestatud tingimused – nimelt, et asutus i) on asutatud üldistes huvides ega tegele tööstuse ega kaubandusega; ii) on juriidiline isik, ja iii) on organisatsioon, mida põhiliselt finantseerib riik – kumulatiivsed.¹⁵ Kolmanda tingimuse „organisatsiooni lähedane sõltuvus riigist” kohta on Euroopa Kohus aga otsustanud, et selle kriteeriumi erinevad tingimused on alternatiivsed.¹⁶

35. Euroopa Kohtule esitatud dokumentidest nähtub, et vaidlust ei ole selles, et käesolevas kohtuasjas on kolmest eespool nimetatud tingimusest kaks esimest täidetud.

36. Sellest lähtudes keskendun ma seega kolmandale elemendile, milleks on piisavalt

lähedane seos riigiga. Selle tingimuse osas tuleb konkreetselt analüüsida, kas haigekassasid i) rahastab riik ja/või ii) riik kontrollib nende juhtimist.

37. Kõigepealt, mis puutub esimesse alternatiivi – riigipoolne rahastamine –, siis nähtub kohtuotsusest Bayerischer Rundfunk jt,¹⁷ et selle tingimuse täitmiseks ei ole vaja otsest riigipoolset rahastamist, vaid piisab ka kaudsest rahastamisest. Konkreetselt ringhäälingukontekstis sedastas Euroopa Kohus, et väljendit „rahastab põhiliselt riik” tuleb mõista nii, et sellise rahastamisega on tegemist juhul, kus: i) avalik-õiguslikud ringhäälinguorganisatsioonid tegutsevad üldistes huvides, on riigivõimust sõltumatud, isemajandavad ja nende tegevus on korraldatud viisil, mis välistab nende mõjutamise riigivõimu poolt; ning ii) seda tegevust rahastatakse enamjaolt maksust, mida maksavad isikud, kellel on ringhäälinguvastuvõtjad, ning mis kehtestatakse, arvutatakse ja kogutakse vastavalt nendel eesmärkidel riigiga sõlmitud lepinguid reguleerivate eeskirjade kohaselt ning ei tulene nende organisatsioonide ja tarbijate vahel kokkulepitud tehingust.

38. Käesolev kohtuasi on sarnane sellepolest, et haigekassasid rahastatakse kohustuslikest kindlustusmaksetest, mis on seadusega

14 – Vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ing. Aigner, punkt 51, milles viidatakse selles osas eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusele Bayerischer Rundfunk jt, punkt 30.

15 – Vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Ing. Aigner, punkt 36, milles viidatakse 1. veebruari 2001. aasta otsusele kohtuasjas C-237/99: komisjon vs. Prantsusmaa, EKL 2001, lk I-939, punkt 40 ja seal viidatud kohtupraktika. Vt ka eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Adolf Truley, punkt 34 ja seal viidatud kohtupraktika.

16 – Vt eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus Adolf Truley, punkt 68, milles viidatakse muu hulgas eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusele University of Cambridge, punkt 20, ja eespool 15. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsusele komisjon vs. Prantsusmaa, punkt 44.

17 – Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud.

kehtestatud. Sellega seoses ei oma minu arvates suurt tähtsust, kas asutus saab rahalisi vahendeid otse riigilt maksu kaudu või kaudselt,¹⁸ seaduses kehtestatud kohustusliku kindlustusmakse kaudu.

nende kassade rahastamine on tagatud kohustusliku liikmelisuse ja kindlustusmaksete kaudu. Komisjon viitab Saksa Liitvabariigi Tervishoiuministeeriumi esitatud teabele, mille kohaselt moodustavad kindlustusmaksed 95% kassade sissetulekust.

39. Euroopa Kohtule esitatud dokumentidest nähtub, et seda argumenti kinnitab asjaolu, et Saksamaal kavandatud reformide käigus (kindlustusmaksete kogumise ja riskide tasakaalustamise süsteemi lihtsustamiseks) kaaluti kindlustusmaksete kogumise jätmist riikliku keskuse (tervishoiufond) hooleks, mis seejärel maksaks haigekassadele (vastavalt riskile määratud) kindlustusmakseid iga liikme jaoks.

41. Lisaks sõltub kindlustusmaksete summa üksnes kindlustatute sissetulekust vastavalt kindlustusmaksete hindamiseks arvestatavale sissetuleku piirmäärale. Pealegi, kuna haigekassade rahastamise tagab riik, on neil oma konkurentide (nimelt erasektori kindlustusfondide) suhtes eriline positsioon. Hüvitiste maksmise kohustus ei sõltu tegelikest kindlustusmaksetest. Selles suhtes ei ole haigekassade teenused „kindel vastusooritus” osutatud tervishoiuteenuste eest Euroopa Kohtu kohtupraktika tähenduses.¹⁹

40. Tuleks märkida, et valdav enamus Saksa elanikkonnast (umbes 90%) on sellises haigekassas kindlustatud, nagu nõuab seadus, ja et

42. Eelotsusetaotluse esitanud kohus eristab käesolevat kohtuasja kohtuasjas Bayerischer Rundfunk jt²⁰ käsitletud olukorrast selle poolest, et siin ei määra kindlustusmakse määra mitte riik, vaid riiklik haigekassa.

18 – Vt selle kohta 17. detsembri 1998. aasta otsus kohtuasjas C-306/97: *Connemara Machine Turf*, EKL 1998, lk I-8761, punkt 34. Vt ka näiteks 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*, nr 4/2008, lk NA127.

19 – Eespool 7. joonealuses märkuses viidatud kohtuotsus University of Cambridge, punkt 21.

20 – Eespool 4. joonealuses märkuses viidatud.

43. Selles suhtes tuleks meeles pidada, et eelotsusetaotlusest nähtub, et kindlustusmakse määra kehtestamiseks on vaja riiklike järelevalveasutuste heakskiitu. Pealegi on seaduses täpselt sätestatud, kuidas need määrad tuleb välja arvutada ja et tululaekumine ei või olla kuludest väiksem või suurem. Kuna valdav enamus hüvitistest, mida tuleb maksta, on seaduses sätestatud, ei saa konkreetne haigekassa kulude summat – olulisel määral – otseselt mõjutada.

44. Seetõttu leian ma esitatud põhjendustest lähtudes, et haigekassad vastavad kolmandale tingimusele (esimene alternatiiv), kuna neid rahastab põhiliselt riik.

45. Teise alternatiivi, nimelt järelevalve kaudu riigiläheduse suhtes sedastas Euroopa Kohus kohtuotsuses *Adolf Truley*, et kohtupraktika alusel „juhtimise järelevalve kriteeriumi ei saa lugeda täidetuks lihtsalt tagantjärele kontrollimise puhul, sest selline järelevalve ei võimalda põhimõtteliselt riigiasutustel asjaomase asutuse otsuseid riigihankelepingute asjus mõjutada”.²¹ Nagu aga nähtub käesoleva ettepaneku põhjendustest punk-

tides 17–19 ja eelotsusetaotluse esitanud kohtu esitatud teabest, ei piirdu juhtimise järelevalve Saksa riiklikus tervisekindlustussüsteemis „lihtsalt tagantjärele kontrollimisega” selle kohtupraktika tähenduses.

46. Euroopa Kohus kinnitas kohtuotsuses *Adolf Truley*,²² et juhtimise järelevalve kriteerium „on siiski täidetud juhul, kus riigiasutused kontrollivad mitte ainult asjaomase asutuse raamatupidamise aastaaruandeid, vaid ka tema tegevust nõuetekohase arvepidamise, korrektsuse, ökonoomsuse, tõhususe ja sihipärasuse seisukohast”, millega näib tegemist olevat põhikohtuasjas. Komisjon juhtis õigesti tähelepanu asjaolule, et juhtimise järelevalve kriteeriumi täitmist näitab juba kohaldatava õigusliku raamistiku, eelkõige SGB V üksikasjalisus. Viimati nimetatud seadustik reguleerib ka haigekassade ja paljude teenusepakkujate, nagu arstide, hambaarstide, apteekide jne vahelisi õigussuhteid. Seaduses on sätestatud ülesanded, mida haigekassad peavad täitma, ülesannete täitmise viis ja oma tegevuse finantseerimise viis. Lõpuks on järelevalveasutused volitatud haigekassade korraldusse otseselt sekkuma.

21 – Eespool 5. joonealuses märkuses viidatud, punkt 70.

22 – *Idem.*, punkt 74.

47. Vastupidi AOK väitele, et tegelikult ei saa juhtimise üle järelevalvet teostada, sest ametivõimudel ei ole õigust tühistada haigekassade hankeotsuseid, leian mina, et siin on oluline pigem hankija üldine sõltuvus kui see, kas riigil on mõju konkreetsete riigihankelepingute üle. Seetõttu ei peaks olema vajalik tõendada, et kehtestatud juhtimise järelevalve kord puudutab riigihankelepingute sõlmimise korda.²³

48. Siin saab tõmmata mitu paralleeli kohtuotsusega komisjon *vs.* Prantsusmaa.²⁴ Esiteks on käesoleval juhul samuti nagu selles kohtuasjas tegemist olukorraga, kus haigekassade tegevus on „väga kitsalt piiritletud”. Teiseks on ka siin ilmne, nagu Euroopa Kohus otsustas selles kohtuasjas, et: „kuna juhtimiseeskirjad on väga üksikasjalikud, võib lihtsalt eeskirjade täitmise järelevalve iseene-
sest anda riigivõimudele märkimisväärse mõjuvõimu”. Kolmandaks on järelevalve-asutus – nagu käesolevas kohtuasjas – volitatud „andma [haigekassale] korralduse tegevus lõpetada [...] ja [...] tagandada juhtivorganid ametist, [võtta juhtimine ise üle] või nimetada ajutine haldur”. Neljandaks sedastas Euroopa Kohus eelnimetatud kohtuotsuses,

et kuigi pädevale asutusele antud nimetatud volitused „on tegelikult erand, eeldab see ikkagi alalist järelevalvet, mis on ainus vahend [juhtimis]vigade tuvastamiseks”.

49. Lõpuks kinnitab seda, et juhtimise järelevalve kriteerium on käesolevas kohtuasjas täidetud, ka eelotsusetaotluse esitanud kohtu viidatud Bundesverfassungsgerichti kohtuotsus,²⁵ milles see kohus otsustas, et haigekassadele on „antud isemajandamise õigus tähenduses, et nad otsustavad ise oma tegevuse üle, vaid väga piiratud ulatuses” ja nende „sõltumatu õigus ise määrata oma põhikirja, tegevuse korraldust, kindlustusmakseid ja hüvitisi on suuresti välistatud”.

50. Öeldust nähtub, et vaidlusalused haigekassad vastavad ka kolmandale tingimusele (selle teisele alternatiivile), sest riik kontrollib nende juhtimist.

23 – Vt Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, lk 260, punkt 5.7. Sellega seoses märkis kohtujurist S. Alber oma ettepaneku punktis 37 eespool 5. joonealuses märkuses viidatud kohtuasjas University of Cambridge, et „on tõsi, et Euroopa Kohus sedastas kohtuotsuses Connemara Machine Turf [...] ja komisjon *vs.* Iirimaa [...], et selleks, et asutust saaks Irimaal liigitada hankijaks, on vaja, et ta teostaks kontrolli riigihankelepingute sõlmimise üle (ja peeti ka piisavaks seda, et kontroll on kaudne, see tähendab, mitte otseselt sätestatud)”.

24 – Eespool 15. joonealuses märkuses viidatud, punktid 50, 52, 54 ja 56.

25 – 9. juuni 2004. aasta kohtuotsus, *DVBl.* 2004, 1161 ja 1163.

51. Sellest tulenevalt on põhikohtuasjas käsitletavad Saksa haigekassad avalik-õiguslikud asutused, sest need on sellisena loetletud direktiivi 2004/18 III lisas ja vastavad igal juhul kõikidele Euroopa Kohtu praktikas sellisena liigitamiseks määratud tingimustele.

54. AOK väidab sisuliselt, et oluline on, kuidas kindlaks määrata „tarne” elemendi ja „teenuste” elemendi väärtust, mis moodustavad kokku segalepingu. Käesoleval juhul tuleb lisaks „väärtuse” elemendile kindlaks määrata, millise soorituse tegemine on „riigihankelepingu sisuliselt iseloomulik”.

B. Teine küsimus

52. Kuna vastus esimesele küsimusele on jaatav, küsib eelotsusetaotluse esitanud kohus oma teise küsimusega sisuliselt, kas kõnealune tarnimine on „asjade riigihankeleping” või „teenuste riigihankeleping”. See on määrava tähtsusega, sest „asjade riigihankelepinguks” liigitamisega kaasneks direktiivi 2004/18 sätete tervikuna kohaldamine.

55. Komisjon väidab sisuliselt, et asjade riigihanke ja teenuste riigihanke vahel vahetegevust reguleerib direktiivi artikli 1 lõike 2 punkti d teine lõik, mis sätestab väärtuse koguselise kriteeriumi.

2. Hinnang

1. Poolte põhiargumendid

53. Oymanns väidab sisuliselt, et individuaalselt valmistatud kauba tarnimist tuleks tervikuna pidada kaubatarneks.

56. Kõigepealt leian ma vastupidi eelotsusetaotluse esitanud kohtule, et kohtuotsus Auroux jt²⁶ – mille kohaselt tehakse teenuste riigihankelepingul ja ehitustööde riigihankelepingul vahet riigihankelepingu peamise eesmärgi alusel (kvalitatiivne test) – ei ole

²⁶ – 18. jaanuari 2007. aasta otsus kohtuasjas C-220/05, EKL 2007, lk I-385, punktid 37 ja 46.

asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute eristamiseks kohaldatav.

59. Seetõttu on vaja kindlaks määrata, kuidas tuleb individuaalselt tellimusel valmistatud jalatsite tootmist üldises kaubatarne ja teenuse kontekstis vaadelda (mis seisneb muu hulgas jalatsite tootmises ja kõrvalteenustes).

57. Selle kohta sätestab direktiivi artikli 1 lõike 2 punkt d pigem, et „[r]iigihankelepingut, mille objektiks on nii tooted kui ka teenused... loetakse teenuste riigihankelepinguks juhul, kui asjaomaste teenuste *maksumus* [(kvantitatiivne test)] ületab lepinguga hõlmatud toodete maksumuse” (kohtujuristi kursiiv).²⁷ Tõlgendust, et väärtus ainsana määrab, kas riigihankelepingu ese on asjad või avalikud teenused, kinnitab ka direktiivi artikli 22 sõnastus.

60. Minu arvates tuleb individuaalselt jalatsite valmistamist *prima facie* ikkagi vaadelda kaubatarne osana. Selle kohta väidab eelotsusetaotluse esitanud kohus, et esialgsete hinnangute alusel on jalatsite tarneväärtus ulatuslikele nõustamiskohustustele vaatamata suurem kui teenuste väärtus. Lisaks juhib eelotsusetaotluse esitanud kohus õigesti tähelepanu asjaolule, et direktiivi 1999/44 artikli 1 lõikes 4 käsitatakse valmistatavate tarbekaupade tarnelepinguid müügilepingutena, olenemata sellest, kas need seonduvad standardsete või konkreetse hanke korras individuaalselt tellimusel valmistatud kaubaga (nn „asendamatu” kaup). See kinnitab, et hinnang sõltub valmistatud jalatsite ja nõuannete suhtelisest väärtusest.

58. Kuna väärtus on faktiline asjaolu, tuleb seda käsitleda eelotsusetaotluse esitanud kohtul. Üldreeglina aga on riigihankeleping kaubatarneleping juhul, kui kauba arvestuslik väärtus on võrdne või suurem kui teenuste väärtus. Vastasel juhul on leping teenuste riigihankeleping.²⁸

61. Lisaks märgib komisjon õigesti, et määrus (EÜ) nr 2195/2002 ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta,²⁹ milles nimetatakse ortopeedilisi jalatseid mitmel korral, annab

27 – Nii tooteid kui ka teenuseid käsitleva kohtuasja kohta vt nt 18. novembri 1999. aasta otsus kohtuasjas C-107/98: Teckal, EKL 1999, lk I-8121.

28 – Vt eespool 23. joonealuses märkuses viidatud Arrowsmith, S., lk 332, punkt 6.73; ja eespool 11. joonealuses märkuses viidatud Trepte, P., lk 235, punkt 4.107.

29 – Euroopa Parlamendi ja nõukogu 5. novembri 2002. aasta määrus ühtse riigihangete klassifikaatori (CPV) kohta (EÜT 2002, L 340, lk 1; ELT eriväljaanne 06/05, lk 3).

alust eeldada, et need on „tooted”, isegi kui nendega seoses eeldatakse nõustamist.³⁰ Lõpuks võib vastavalt artikli 1 lõike 2 punkti d teisele lõigule koguni väita, et põhikohtuasjas käsitletav riigihankeleping on asjade riigihankeleping (toodete, siin konkreetselt jalatsite tarnimine), mis hõlmab lisaks ka väga erilisel kujul „paigaldustoiminguid” (teenuste osutamist, siin konkreetselt üksikasjalikku tootekasutusala nõustamist). Teised näited võivad olla: andmetöötlussüsteemi riigihankeleping, mis sageli hõlmab nii riistvara (kaup) ja tellimisel valmistatud tarkvara või nii kaubatarne (näiteks sõidukite) kui ka kaupade hooldamise riigihankelepingud.³¹

C. Kolmas küsimus

63. Juhul, kui teises küsimuses nimetatud tarnimine liigitatakse „teenuseks”, soovib eelotsusetaotluse esitanud kohus oma kolmandas küsimuses teada, kas „teenuste kontsessioon” – eristatuna „raamlepingust” – on sellistel asjaoludel nagu põhikohtuasjas kohaldatav. Eelotsusetaotluse esitanud kohus märgib, et siseriikliku õiguse alusel „teenuste riigihankelepinguks” liigitamisega kaasneb teatud riigihankealaste õigusnormide kohaldamine, mille tulemusel Oymanni taotlus vähemalt osaliselt rahuldatakse, samas tuleks see jätta täiesti rahuldamata juhul, kui riigihankelepingut tuleb pidada „teenuste kontsessiooniks”.

62. Järelikult tuleb teisele küsimusele vastata, et selliste toodete tarnimine, mis nende iseloomust lähtuvalt on valmistatud individuaalselt vastavalt konkreetse kliendi vajadustele ja neile kohandatud ning mille kasutamise osas tuleb konkreetseid kliente individuaalselt nõustada, tuleb liigitada „asjade riigihankelepinguks” või „teenuste riigihankelepinguks”, olenevalt arvesse võetavate konkreetsete teenuste väärtusest, mis on faktiline küsimus, mida peab käsitlema eelotsusetaotluse esitanud kohus.

1. Poolte põhiargumendid

30 – Pealegi on Saksa seaduses sätestatud, et seda liiki jalatsid on „abivahendid”, olenemata sellest, kas neid valmistatakse seeriatootmises või eritellimusel (SGB V § 128, kategooria 31 „jalatsid”).

31 – Vt eespool 23. joonealuses märkuses viidatud Arrowsmith, S., lk 331-332, punkt 6.73.

64. Oymanns väidab, et terviklik sotsiaalteenuste leping on raamleping sellepärast, et selles vaid määratletakse üksikutele – hiljem

sõlmitavatele – lepingutele kohaldatav raamistik ja konkreetsed hinnakirjad.

arvatud asjaolu, et vastutasuks teenuste osutamise eest antakse üksnes õigus teenust kasutada või see õigus koos tasuga”.

65. AOK väidab sisuliselt, et terviklikus sotsiaalteenuste lepingus ette nähtud tarnimine kujutab endast teenuste kontsessiooni; raamleping ei ole kohaldatav sellepärast, et haigekassa kaotab – tarnijaga lepingu sõlmimise tõttu – kontrolli ülejäänud menetluse üle.

68. Teisalt on „raamleping” määratletud kui „leping ühe või mitme ostja ning ühe või mitme ettevõtja vahel, mille eesmärk on kehtestada teatava aja jooksul sõlmitavaid lepinguid reguleerivad tingimused, eelkõige hinna ja vajadusel ettenähtud koguse osas”.

66. Komisjon jääb sisuliselt oma seisukoha juurde, et haigekassa ja tarnija/teenusepakkuja vaheline leping on raamleping.

2. Hinnang

67. Direktiivis määratletakse ühelt poolt „teenuste kontsessioon” kui „sama liiki leping kui teenuste riigihankleping, välja

69. Esiteks nõustun ma Oymannsigaga, et kõnealune leping ei saa olla teenuste kontsessioon, sest tasumise eest vastutab haigekassa – ja mitte patsient – välja arvatud väike osalus kindlustusmaksest. Siinkohal viidatakse kohtuotsusele Parking Brixen.³² Terviklikku sotsiaalteenuste lepingut ei saa liigitada teenuste kontsessiooniks, sest viimane hõlmab konkreetse teenuse pakkumise õiguse üleminekut ja kontsessionäär kannab kõik

32 – 13. oktoobri 2005. aasta otsus kohtuasjas C-458/03, EKL 2005, lk I-8585, punktid 39 ja 40.

või suurema osa teenuse pakkumisega seotud rahalisest riskist. Käesolevas asjas ei pea teenusepakkuja osutama ühtegi teenust enne kindlustatuga individuaalse lepingu sõlmimist. Seetõttu ei saa ta vastutaks mingit eelnevat õigust teenuse osutamiseks.³³ Teenusepakkuja peab teenust pakkuma kindlustatu nõudmisel, ilma et tal oleks siiski mingit läbirääkimisvõimalust hinna või temale laekuva tasu suhtes, mis on kokku lepitud haigekassaga, kes talle seda maksab. Seega ei kanna teenusepakkuja mingit rahalist riski eespool viidatud kohtupraktika mõistes.

Asjaolu, et tarnija ei tea ette, kas ja mis mahus kindlustatud isikud tema teenuseid kasutavad, ongi nimelt üks raamlepingu tunnuseid, vastavalt direktiivi artikli 1 lõikele 5. Ma lisaksin, et isegi kui eelotsusetaotluse esitanud kohus liigitab vaidlusaluse tarnimise „teenuste riigihankelepinguks”, leian ma, et kõnealune teenuste osutamine oleks ikkagi raamleping ja mitte teenuste kontsessioon.

70. Ma leian, et komisjon liigitab õigusega haigekassa ja teenusepakkuja vahelise lepingu peaaegu klassikaliseks näiteks raamlepingust, sest selles määratakse konkreetsel ajavahemikul pakutavate teenuste osutamise ja nõustamise tingimused. Teenusepakkuja on kohustatud jalatseid tarnima ainult hilisemate individuaalsete lepingute alusel ja haigekassa on kohustatud selle eest tasu maksma.

71. Eespool esitatu põhjal tuleb kolmandale küsimusele vastata, et juhul kui teises küsimuses osutatud kaupade tarnimine liigitatakse „teenuseks”, siis tuleb direktiivi artikli 1 lõiget 4 – eristades seda „raamlepingust” direktiivi artikli 1 lõike 5 tähenduses – tõlgendada nii, et kaupade tarnimist põhikohtuasjas esineval kujul ei saa pidada „teenuste kontsessiooniks”.

33 – 7. detsembri 2000. aasta otsuses kohtuasjas C-324/98: Telaustria Verlag, EKL 2000, lk I-10745, punkt 30, (varasema direktiivi 93/38/EMÜ kohta) määratles Euroopa Kohus teenuse osutamise õiguse kui „õiguse oma teenuse eest tasu nõuda”. Käesolevas kohtuasjas ei pea lepingu sõlmija sisse seadma ja pidama kulukat infrastruktuuri (ruume, personali, seadmestikku), mis tuleks kinni maksta konkreetsete lepingute eest saadava tasuga.

IV. Ettepanek

72. Seega olen ma arvamusel, et Euroopa Kohus peaks Oberlandesgericht Düsseldorfi (Saksamaa) küsimustele vastama järgmiselt:

1. põhikohtuasjas käsitletavad Saksa haigekassad on avalik-õiguslikud asutused, sest need on sellisena loetletud Euroopa Parlamendi ja nõukogu 31. märtsi 2004. aasta direktiivi 2004/18/EÜ ehitustööde riigihankelepingute, asjade riigihankelepingute ja teenuste riigihankelepingute sõlmimise korra kooskõlastamise kohta III lisas ja vastavad igal juhul kõikidele Euroopa Kohtu praktikas sellisena liigitamiseks määratud tingimustele;
2. selliste toodete tarnimine, mis nende iseloomust lähtuvalt on valmistatud individuaalselt vastavalt konkreetse kliendi vajadustele ja neile kohandatud ning mille kasutamise osas tuleb konkreetseid kliente individuaalselt nõustada, tuleb liigitada „asjade riigihankelepinguks” või „teenuste riigihankelepinguks”, olenevalt arvesse võetavate konkreetsete teenuste väärtusest, mis on faktiline küsimus, mida peab käsitlema eelotsusetaotluse esitanud kohus;
3. juhul kui teises küsimuses osutatud kaupade tarnimine liigitatakse „teenuseks”, siis tuleb direktiivi 2004/18 artikli 1 lõiget 4 – eristades seda „raamlepingust” selle direktiivi artikli 1 lõike 5 tähenduses – tõlgendada nii, et kaupade tarnimist põhikohtuasjas esineval kujul ei saa pidada „teenuste kontsessiooniks”.