

## JULKISASIAMIEHEN RATKAISUEHDOTUS

JÁN MAZÁK

16 päivänä joulukuuta 2008<sup>1</sup>

1. Käsiteltävänä olevassa ennakkoratkaisu-pyyntöissä Düsseldorfin (Saksa) Oberlandes-gerichtin (ylempi alueellinen tuomioistuin) vergabesenat pyytää tuomioistuinta tulkitsemaan *direktiiviä 2004/18/EY* Saksan lakisää-teisten sairauskassojen osalta.<sup>2</sup> Kansallinen tuomioistuin kysyy perimmiltään, ovatko nämä kassat julkisoikeudellisia laitoksia ja siten hankintaviranomaisia ja miten kiistan-alainen sopimus tulisi luokitella.

”Hankintaviranomaisina’ pidetään valtiota, alueellisia tai paikallisia viranomaisia, jul-kisoikeudellisia laitoksia sekä yhden tai useamman edellä tarkoitetun viranomaisen tai julkisoikeudellisen laitoksen muodostamia yhteenliittymiä.

’Julkisoikeudellisella laitoksella’ tarkoitetaan laitosta:

### I Asiaa koskevat oikeussäännöt

a) joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kauppalista luonnetta,

#### A Yhteisön lainsäädäntö

b) joka on oikeushenkilö, ja

2. Direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdassa säädetään seuraavaa:

<sup>1</sup> – Alkuperäinen kieli: englanti.

<sup>2</sup> – Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhan-kintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovitta-misesta 31.3.2004 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EUVL L 134, s. 114) (”direktiivi”).

c) jota joko rahoittaa pääosin valtio, alueel-linen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos tai jonka

johto on näiden laitosten valvonnan alainen taikka jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä valtio, alueellinen tai paikallinen viranomainen taikka muu julkisoikeudellinen laitos nimittää yli puolet.

laitoksista tai niiden ryhmistä laadittuja luetteloja silloin, kun nämä osoittautuvat jäsenvaltioiden ilmoitusten perusteella tarpeelliseksi – –”

5. Direktiivin 1 artiklassa, joka on otsikoitu ”Määritelmät”, säädetään seuraavaa:

Liitteessä III ovat ohjeelliset luettelot toisen alakohdan a, b ja c alakohdassa säädetyt edellytykset täyttävistä julkisoikeudellisista laitoksista ja niiden ryhmistä. Jäsenvaltioiden on määrittäjäin ilmoitettava komissiolle niiden luetteloihin tehdyt muutokset.”

”2. a) ’Julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavarankanta tai palvelun suorittaminen.

3. Direktiivin liitteessä III olevan III osan ryhmässä 1.1. todetaan otsikon ”Saksa” alla seuraavaa: ”Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger) / (sairaanvakuutukset: sairauskassat, tapaturma- ja eläkevakuutuslaitokset)”.

--

4. Direktiivin 79 artiklassa, joka on otsikoitu ”Muutokset”, säädetään seuraavaa: ”Komissio voi 77 artiklan 2 kohdassa tarkoitettua menettelyä noudattaen muuttaa – – d) liitteessä III tarkoitettuja julkisoikeudellisista

c) ’Julkisia tavarankantohankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan muita kuin b alakohdassa tarkoitettuja julkisia hankintoja koskevia sopimuksia, joiden tarkoituksena on tuotteiden osto, leasing, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen osto-optioin tai ilman niitä.

--

5. 'Puitejärjestelyllä' tarkoitetaan yhden tai useamman hankintaviranomaisen ja yhden tai useamman taloudellisen toimijan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot erityisesti hintojen ja tarvittaessa ennakoitujen määrien osalta.

- d) 'Julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla' tarkoitetaan muita kuin julkisia rakennusurakoita ja julkisia tavaranhankintoja koskevia julkisia hankintasopimuksia, joiden kohteena on liitteessä II tarkoitettujen palvelujen suorittaminen.

--"

Julkista hankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena ovat sekä tuotteet että liitteessä II tarkoitettut palvelut, pidetään 'julkisia palveluhankintoja koskevana sopimuksena', jos palvelujen arvo on suurempi kuin hankintasopimukseen sisältyvien tuotteiden arvo.

6. Direktiivin 32 artiklan 2 kohdassa säädetään seuraavaa: "tehdäkseen puitejärjestelyn hankintaviranomaisen on noudatettava kaikissa menettelyn vaiheissa tässä direktiivissä tarkoitettuja sääntöjä --".

7. Direktiivin 21 artiklan mukaan "liitteessä II B lueteltuja palveluja koskevia hankintasopimuksia koskevat yksinomaan 23 artikla ja 35 artiklan 4 kohta".

--

4. 'Palveluja koskevalla käyttösopimuksella' tarkoitetaan muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä.

8. Liitteessä II B olevan ryhmän 25 aiheena on "Terveystenhoito- ja sosiaalipalvelut".

9. Direktiivin 22 artiklan mukaan "hankintasopimukset, jotka koskevat sekä liitteessä II A että liitteessä II B lueteltuja palveluja, tehdään

23–55 artiklan säännösten mukaisesti, jos liitteessä II A lueteltujen palvelujen arvo on suurempi kuin liitteessä II B lueteltujen palvelujen arvo. Muissa tapauksissa sopimukset tehdään 23 artiklan ja 35 artiklan 4 kohdan mukaisesti”.

10. Lopuksi direktiivin 1999/44/EY 1 artiklan 4 kohdassa<sup>3</sup> säädetään, että ”sopimusta, joka koskee valmistettavan tai tuotettavan kulutustavarain toimittamista, pidetään myös tässä direktiivissä tarkoitettuna kauppasopimuksena”.

## B Kansallinen lainsäädäntö

11. Saksan terveydenhuoltojärjestelmää ja sairauskassojen organisaatiota ja rahoitusta käsitellään Sozialgesetzbuchin (sosiaaliturvalaki, ”SGB”) IV ja V luvussa. SGB:n 1 §:n 1 momentissa säädetään, että näiden kassojen tehtävänä on yhteisvastuun periaatteeseen perustuvana yhteisönä ylläpitää vakuutettujen terveyttä, palauttaa se ja parantaa sitä.

3 – Kulutustavaroiden kauppaa ja niihin liittyviä takuita koskevista tietyistä seikoista 25.5.1999 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi (EYVL L 171, s. 12).

12. Lakisääteiset sairauskassat ovat julkisoikeudellisia laitoksia ja oikeushenkilöitä, ja niillä on itsehallinto-oikeus. Vaikka pakollisen sairausvakuutuksen piiriin kuuluvat henkilöt voivat valita, mihin lakisääteiseen sairauskassaan he liittyvät, he eivät voi valita julkisen ja yksityisen sairauskassan välillä. Kassat rahoitetaan i) vakuutettujen pakollisilla vakuutusmaksuilla, ii) liittovaltion suorilla maksuilla ja iii) maksuilla sairauskassojen muodostamasta korvausjärjestelmästä ja riskintasausjärjestelmästä.

13. Maksujen suuruus määräytyy pelkästään vakuutetun tulojen perusteella maksujen laskennassa käytettävään enimmäisrajaan asti. Muilla tekijöillä, kuten iällä, aikaisemmillä sairauksilla tai mukana vakuutettujen henkilöiden lukumäärällä, ei ole merkitystä. Käytännössä työnantaja vähentää vakuutetun osuuden maksuista työntekijän palkasta ja maksu – yhdessä työnantajan osuuden kanssa – maksetaan sairauskassalle. Maksujen maksaminen ja perintä on julkisoikeudellisten säännösten nojalla pakollista.

14. Valtio ei määrää maksuosuuden suuruutta, vaan sen tekee sairauskassa. Kassojen on määrättävä maksut siten, että ne yhdessä muiden varojen kanssa kattavat lakisääteiset menot ja takaavat toimintaedellytykset ja

lakisääteiset reservit. Maksuosuuksien vahvistaminen edellyttää kutakin sairauskassaa valvovan valtion viranomaisen hyväksyntää, ja maksujen suuruudesta säädetään tietyiltä osin laissa. Maksujen suuruus on määritettävä siten, etteivät siitä saatavat tulot ole menoja pienemmät eivätkä suuremmat. Koska sairauskassalta edellytettävät suoritukset ovat pitkälti suurimmaksi osaksi lakisääteisiä, sairauskassa ei tavallisesti juurikaan voi suoraan vaikuttaa menojensa suuruuteen.

rauskassan kaupallisen ja operatiivisen johdon ja tilinpidon. Valtion valvontaviranomainen voi edellyttää asiakirjojen toimittamista ja tietojen antamista. Jokaisen sairauskassan talousarvio on määräaikaan mennessä esitettävä valtion valvontaviranomaiselle.

15. Vakuutettujen riskirakenteesta johtuvat menoissa olevat erot tasoittuvat pitkälti riskintasausjärjestelmän vuoksi. Sairauskassoilla on myös tietty solidaarisuusvelvollisuus toisiaan kohtaan. Valtio takaa tällä tavoin välillisesti, että yksittäiset sairauskassat täyttävät velvoitteensa. Sairauskassoilla on itsehallinto-oikeus, ja ne ovat valtion valvonnan alaisia. Saksan julkisten terveydenhuoltopalvelujen laillisuusvalvonta ei rajoitu pelkästään jälkikäteen tapahtuvaan valvontaan.

16. Tietyt toimet edellyttävät valvontaviranomaisen hyväksyntää, esimerkiksi sairauskassojen ohjesäännön muutokset, maksuosuuden määrittäminen, rakentaminen ja maan- tai ohjelmistojen hankinta. Valvontaviranomaisen edellytetään tarkastavan sai-

17. Kun otetaan huomioon, että käsiteltävänä olevassa järjestelmässä vakuutetulla on oikeus valita sairauskassan suorittaman kustannusten korvaamisen sijaan mahdollisuus käyttää vastaavia palveluita vastikkeetta (ns. "luontoispalveluiden" periaate), sairauskassoja rohkaistaan solmimaan toimittajien kanssa sektorirajat ylittäviä ja poikkeittieteellisiä hoitosuunnitelmia. Integroidusta hoidosta sovitaan sairauskassan ja sellaisten palveluntuottajien kesken, joilla on kelpoisuus tarjota vakuutetuille hoitoa. Hoitosuunnitelmissa määritellään korvaukset integroidun hoidon eri palvelukokonaisuuksille. Korvauksen on tarkoitus kattaa kaikki palvelut, joita vakuutettu voi käyttää hoidon yhteydessä. Sairauskassa on osapuolena integroitua hoitoa koskevassa sopimuksessa, ja se maksaa korvauksen palveluntuottajalle. Vakuutetut voivat itse päättää, osallistuvatko he hoidon eri palvelukokonaisuuksiin, mutta mikäli vakuutettu valitsee tällaisen kokonaisuuden, hänen on käytettävä sen palveluntuottajan palveluita, jonka kanssa sairauskassa on solminut sopimuksen.

## II Tosiseikat ja ennakkoratkaisukysymykset

18. Pääasian vastapuoli, joka on AOK Hamburgiin liittynyt lakisääteinen sairauskassa AOK Rheinland, pyysi kesäkuussa 2006 *Orthopädie-Schuhtechnik*-nimisessä lehdessä julkaistulla ilmoituksella ortopedisten jalkineiden valmistajia (*Orthopädie-Schuhtechniker*) jättämään tarjouksia sellaisten jalkineiden valmistuksesta ja toimituksesta, joita käytetään diabeettisen jalkaoireyhtymän integroidussa hoidossa, sellaisena kuin integroitu hoito on määritelty SGB:n V luvun 140 a §:ssä ja sitä seuraavissa pykälissä, ajanjaksoksi 1.9.2006–31.12.2006. Tarjottavat suoritukset oli jaettu työn määrän perusteella erilaisiin yleisluonteisiin ryhmiin, joiden hintojen määrittäminen oli annettu tarjoajan tehtäväksi. ”Erityisissä sopimusehdoissa” todettiin, että potilaan, jolla on sairausvakuutuskortti ja asianomaisen lääkärin antama määräys, on otettava yhteyttä suoraan ortopedisten jalkineiden valmistajaan (*Orthopädie-Schuhtechnikermeister*), eikä vastaajan antama maksusitoumus ole tarpeen. Sopimuskumppanin tehtävänä on valmistaa ja tarkastaa käyttäjän tarpeisiin mukautettu ortopedinen jalkine kuitenkin niin, että ennen mitanottoa sekä toimituksen ja määrättyjen tarkastusten yhteydessä annetaan yksityiskohtaista neuvontaa. Vastaajan oli määrä suorittaa maksut potilaiden lisämaksuja lukuun ottamatta.

19. Hans & Christophorus Oymanns GbR, *Orthopädie Schuhtechnik* (”Oymanns”), joka on ortopedisia jalkineita valmistava yritys,

toimitti tarjouksen ja esitti myöhemmin valituksen, jonka mukaan asiassa oli rikottu julkisia hankintoja koskevia säännöksiä. AOK hylkäsi valituksen sillä perusteella, ettei tähän asiaan sovelleta julkisia hankintoja koskevia säännöksiä. Oymanns aloitti sitten julkista hankintaa koskevan muutoksenhakumenettelyn. Asiaa käsitellyt *Vergabekammer* hylkäsi valituksen. Oymanns haki muutosta päätökseen *Oberlandesgericht Düsseldorfista*.

20. *Oberlandesgericht Düsseldorf* on päättänyt lykätä menettelyä ja pyytää yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisua seuraavissa kysymyksissä:

”1) a) Onko direktiivin 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdassa ensimmäisenä vaihtoehtona olevaa edellytystä ’jota rahoittaa valtio’ tulkitettava siten, että sillä tarkoitetaan tapausta, jossa valtio velvoittaa henkilön kuulumaan johonkin sairausvakuutuslaitokseen ja maksamaan tulojen perusteella määrättyjä vakuutusmaksuja sairauskassaan siten, että nimenomainen sairauskassa vahvistaa maksuosuuden, mutta sairauskassat ovat kuitenkin perusteluissa tarkemmin esitetyn yhteisvastuuseen perustuvan rahoitusjärjestelmän vuoksi sidoksissa toisiinsa, ja että yksittäisten sairauskassojen velvoitteiden täyttäminen on varmistettu?

b) Onko direktiivin 1 artiklan 9 kohdan toisen alakohdan c alakohdassa toisena vaihtoehtona olevaa edellytystä, jonka mukaan laitoksen 'johto on näiden laitosten valvonnan alainen', tulkittava siten, että se täyttyy, kun valtio harjoittaa laillisuusvalvontaa, joka koskee sekä meneillään olevia että tulevia liiketoimia, ja kun valtiolla on mahdollisesti käytössään lisäksi muita perusteluissa kuvailtuja puuttumismahdollisuuksia tämän osalta?

sella' tarkoitetaan myös sellaisen sopimuksen tekemistä, jossa

– päätöstä siitä, tehdäänkö toimittajan kanssa, jonka kanssa hankintasopimus on tehty, yksittäisiä sopimuksia, ja missä tapauksissa niitä tehdään, ei tee hankintaviranomainen, vaan kolmas,

2) Jos ensimmäisen ennakkoratkaisukysymyksen a tai b kohtaan vastataan myöntävästi, onko direktiivin 1 artiklan 2 kohdan c ja d alakohtaa tulkittava siten, että sellaisten tuotteiden käyttöön asettaminen, jotka valmistetaan ja mukautetaan yksilöllisesti kunkin asiakkaan tarpeita vastaaviksi ja joiden käyttö on neuvottava kullekin asiakkaalle yksilöllisesti, on luokiteltava 'tavaranhankintoja koskevaksi sopimukseksi' tai 'palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi'? Onko tässä yhteydessä otettava huomioon ainoastaan kyseessä olevien suoritusten arvo?

– hankintaviranomainen maksaa toimittajalle, jonka kanssa hankintasopimus on tehty, koska lain nojalla yksinomaan hankintaviranomainen on vastuussa velallisena korvauksen maksamisesta ja velvollinen suorittamaan palvelun kolmannelle, ja

– ennen kuin kolmas käyttää palveluja, toimittajan, jonka kanssa hankintasopimus on tehty, ei tarvitse suorittaa eikä pitää saatavilla minkäänlaisia palveluja?"

3) Jos toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitettu käyttöön asettaminen on luokiteltava tai voidaan luokitella 'palveluksi', onko direktiivin 1 artiklan 4 kohtaa – erotuksena direktiivin 1 artiklan 5 kohdassa tarkoitettusta puitejärjestelystä – tulkittava siten, että 'palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuk-

21. Oymanns, AOK ja komissio esittivät kirjalliset huomautuksensa. Asianosaiset esittivät suulliset lausumansa 19.6.2008 pidetyssä istunnossa.

### III Asian tarkastelu

rahoituksesta tulee valtiolta ja että valtio valvoo niiden hallintoa.

#### A Ensimmäinen kysymys

22. Ensimmäisessä kysymyksessään Oberlandesgericht Düsseldorf pyytää pohjimmiltaan ohjeita siitä, ovatko sairauskassat direktiivissä 2004/18 tarkoitettuja julkisoikeudellisia laitoksia, koska Saksassa kiistellään siitä, voidaanko lakisääteiset sairauskassat katsoa julkisoikeudellisiksi laitoksiksi siitä huolimatta, että ne on mainittu kyseisen direktiivin liitteessä III.

24. Pääasian vastapuolena olevan AOK:n mukaan direktiivin 2004/18 liitteessä III oleva luettelo on vain viitteellinen. Valtion rahoituksesta todettakoon, että sen on tultava suoraan julkisista varoista. AOK toteaa lopuksi itse asiassa, että julkiset viranomaiset suorittavat pelkkää laillisuusvalvontaa.

#### 1. Asianosaisten pääasialliset lausumat

23. Pääasiassa hakijana olevan Oymannsin mukaan se seikka, että saksalaiset sairauskassat on mainittu direktiivin 2004/18 liitteessä III, osoittaa vakuuttavasti, että yhteisön lainsäätäjä katsoi kyseisten kassojen olevan julkisoikeudellisia laitoksia. Oymanns esittää ennen kaikkea, että suurin osa sairauskassojen

25. Komissio huomauttaa, että sairauskassat mainitaan selvästi direktiivin liitteessä III, ja katsoo siksi, että ne on luokiteltava julkisoikeudellisiksi laitoksiksi. Komissio on lisäksi sitä mieltä, että niiden rahoitus täyttää ehdot, joiden mukaan ne voidaan sellaisiksi luokitella.

## 2. Arviointi

tai sen valvonnassa oleva laitos toimisi muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta”.<sup>7</sup>

26. Direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdan mukaan pääasiassa kyseessä olevat sairauskassat voidaan katsoa hankintaviranomaisiksi, jos ne täyttävät edellytykset, joiden mukaan niitä voidaan luonnehtia julkisoikeudelliseksi yhteisöiksi.

28. Ensinnäkin saksalaiset lakisääteiset sairauskassat on nimenomaan mainittu direktiivin liitteessä III. Kyseinen liite sisältää viitteellisen luettelon jäsenvaltioiden julkisoikeudellisista laitoksista, jotka täyttävät direktiivin ”1 artiklan 9 kohdassa säädetty edellytykset”.

27. Tässä yhteydessä, kuten julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomer totesi asiassa Bayerischer Rundfunk ym. vastaan GEWA,<sup>4</sup> ”on yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaista, että ”hankintaviranomaisen” itsenäistä yhteisön käsitettä tulkitaan toiminnallisesti<sup>5</sup> ja laajasti,<sup>6</sup> kun otetaan huomioon halu estää sekä se, että hankintaviranomainen hankintasopimuksia tehdessään suosisi kotimaisia tarjoajia tai ehdokkaita, että sekin, että valtion rahoittama

29. On huomattava, että jäsenvaltiot eivät voi yksipuolisesti tehdä muutoksia direktiivin liitteeseen III. Direktiivin 1 artiklan 9 kohdan mukaan jäsenvaltioiden on ilmoitettava komissiolle niiden julkisoikeudellisten laitosten luetteloihin tehty muutokset. Direktiivin 79 artiklassa<sup>8</sup> säädetään, että vain komissio voi muuttaa ”liitteessä III tarkoitettuja julkisoikeudellisista laitoksista tai niiden ryhmistä laadittuja luetteloja silloin, kun nämä osoittautuvat jäsenvaltioiden ilmoitusten perusteella tarpeelliseksi”. Tehdessään

4 – Asia C-337/06, tuomio 13.12.2007 (Kok. 2007, s. I-11173, 66 kohta).

5 – Ks. asia C-393/06, Ing. Aigner, tuomio 10.4.2008 (Kok. 2008, s. I-2339, 37 kohta), viittaus asiaan Bayerischer Rundfunk ym. v. GEWA, *ibid.*, 36 ja 37 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen. Julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomer viittaa tässä mm. asiaan C-373/00, Adolf Truley, tuomio 27.2.2003 (Kok. 2003, s. I-1931, 41 kohta ja asiaan C-283/00, komissio v. Espanja, tuomio 16.10.2003 (Kok. 2003, s. I-11697, 73 kohta).

6 – Asiassa Adolf Truley, *ibid.*, 43 kohta, tuomioistuin katsoi, että ”kun nämä vapaaseen kilpailuun ja avoimuuteen liittyvät kaksi tavoitetta otetaan huomioon, julkisoikeudellisen laitoksen käsite on ymmärrettävä laajasti”. Julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomer viittaa tässä teokseen Wollenschläger, F., ”Der Begriff des ’öffentlichen Auftraggebers’ im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes” (Julkisen hankintaviranomaisen käsite Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen uusimmassa oikeuskäytännössä), EWS (Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht), nro 8/2005, s. 345.

7 – Julkisasiamies Ruiz-Jarabo Colomer viittaa tässä seuraaviin asioihin: asia C-380/98, University of Cambridge, tuomio 3.10.2000 (Kok. 2000, s. I-8035, 17 kohta; asia C-470/99, Universale-Bau ym., tuomio 12.12.2002 (Kok. 2002, s. I-11617, 52 kohta ja edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Adolf Truley, tuomion 42 kohta).

8 – Otsikoitu ”Muutokset”.

niin, komission on noudatettava komitologia-menettelyä.<sup>9</sup> Yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen asiakirjojen perusteella komitologiamenettelyä ei ole tähän mennessä aloitettu saksalaisten sairauskassojen osalta.

lisäksi muuttaa vain edellä kuvatulla komitologiamenettelyllä.<sup>12</sup>

30. Edellä kerrotun perusteella katson, että se seikka, että saksalaiset sairauskassat on lueteltu direktiivin liitteessä III, antaa aiheen olettaa, että ne tulee kyseisen direktiivin nojalla katsoa hankintaviranomaisiksi.<sup>10</sup> Vaikka liitteen III luettelo ei ole kattava, yhteisön lainsäädäntöelin on luettelon hyväksyessään osoittanut tietyt laitokset, jotka sen mukaan voidaan luokitella julkisoikeudelliseksi laitoksiksi.<sup>11</sup> Liitteen III luetteloa voidaan

31. Tässä yhteydessä haluan huomauttaa, että yhteisön lainsäätäjän kantaa kuvaa Bundesverfassungsgerichtin (liittovaltion perustuslakituomioistuin) 31.1.2008 antama tuomio,<sup>13</sup> jossa kyseinen tuomioistuin totesi, että paikalliset sairauskassat ovat julkisoikeudellisia laitoksia.

32. Aion kuitenkin joka tapauksessa osoittaa, että saksalaiset sairauskassat tulee luokitella hankintaviranomaisiksi.

9 – Direktiivin 79 artiklassa viitataan 77 artiklassa mainittuun menettelyyn, joka on otsikoitu ”Neuvoa-antava komitea”, jossa säädetään, että sovelletaan menettelyä komissiolle siirrettyä täytäntöönpanovaltaa käytettäessä 28.6.1999 tehdyn neuvoston päätöksen 1999/468/EY 3 ja 7 artiklassa (EYVL L 184, s. 23) säädettyä menettelyä ottaen huomioon mainitun päätöksen 8 artiklan säännökset.

10 – Yleisesti ottaen viranomaisella tulisi olla mahdollisuus esittää perusteluja, joilla se voisi osoittaa, miksi sitä ei (enää) voida katsoa julkisoikeudelliseksi laitokseksi direktiivissä tarkoitetulla tavalla, mutta tätä ei ole vahvistettu tässä asiassa.

11 – Tämä vaikuttaa yhdenmukaiselta edellä alaviitteessä 5 mainitun asian Adolf Truley kanssa, jonka tuomion 44 kohdassa tuomioistuin totesi, että ”jos tiettyä laitosta ei mainita direktiivin 93/37/ETY liitteessä I olevassa luettelossa, kussakin yksittäistapauksessa on syytä tarkistaa, mikä on tämän laitoksen oikeudellinen ja tosiasiallinen tilanne, sen toteamiseksi, tyydyttäväkö se yleisen edun mukaisia tarpeita”. Ks. myös Trepte, P., *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2. painos, Oxford University Press, 2007, s. 102, 2.21 kohta: ”selvästi katsottiin tarpeelliseksi laatia luettelo niistä eri jäsenvaltioiden laitoksista, joiden tuolloin katsottiin kuuluvan tämän käsitteen alle. Tämä antaa ymmärtää, että luetteloissa – on mainittu ne laitokset, jotka vähintään [korostus lisäetty] tulee katsoa julkisoikeudelliseksi oikeushenkilöiksi”. Trepte huomauttaa myös, että tuomioistuin on käyttänyt liitteen luetteloissa mainittuja laitoksia esimerkkeinä käsitteen alle kuuluvista laitoksista, ja viittaa asiaan C-360/96, BFI Holding, tuomio 10.11.1998 (Kok. 1998, s. I-6821, 51 kohta), ja yhdistettyihin asioihin C-223/99 ja C-260/99, Agorà and Excelsior, tuomio 10.5.2001 (Kok. 2001, s. I-3605, 37 kohta).

33. ”Hankintaviranomaisen” määritelmä direktiivin 2004/18 1 artiklan 9 kohdassa noudattaa aiempien julkisia hankintoja koskevien direktiivien sanamuotoa. Itse asiassa direktiivi yhdistää suurelta osin kaikki

12 – Ks. julkisasiamies Alberin ratkaisuehdotus edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa University of Cambridge, 20 kohta. Samanlainen tulkinta löytyy teoksesta Chiti, M. P., *The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law*, European Public Law, nide 8, osa 4, 2002, s. 489. Ks. myös edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Adolf Truley, tuomion 39 kohta, jossa tuomioistuin totesi, että luettelon ”tarkkuusaste vaihtelee huomattavasti jäsenvaltiosta toiseen”.

13 – 1 BvR 2156/02.

aiemmat julkisten hankintojen myöntämistä koskevat direktiivit.<sup>14</sup>

edellytyksestä on tarpeen arvioida erityisesti sitä, i) rahoittaako valtio sairauskassoja ja/tai ii) onko niiden johto valtion valvonnan alainen.

34. Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että oikeuskäytännön mukaan direktiivin 1 artiklan 9 kohdassa säädetyt edellytykset – eli että laitos i) on nimenomaisesti perustettu tydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta, ii) on oikeushenkilö ja iii) sitä rahoittaa pääosin valtio – ovat kumulatiivisia.<sup>15</sup> Kolmannesta edellytyksestä ”laitoksen kiinteä yhteys valtioon” tuomioistuin kuitenkin katsoi, että sen eri ehdot ovat vaihtoehtoisia.<sup>16</sup>

35. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitetystä asiakirjoista käy ilmi, että asianosaiset ovat yksimielisiä siitä, että nyt käsiteltävänä olevassa asiassa kaksi ensimmäistä edellä mainituista kolmesta edellytyksestä täyttyy.

36. Siksi keskityn kolmanteen seikkaan, eli riittävään läheisyyteen valtion kanssa. Tästä

37. Ensiksikin ensimmäisestä vaihtoehdosta eli valtion rahoituksesta asian Bayerischer Rundfunk ym. vastaan GEWA<sup>17</sup> perusteella todettakoon, että sekä suora valtion rahoitus että epäsuora rahoitus ovat riittäviä täyttämään määritelmän edellytykset. Yleisradio-toiminnan yhteydessä yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että ilmauksen ”jota rahoittaa pääosin valtio” on ymmärrettävä tarkoittavan, että tällaisesta rahoituksesta on kyse, kun julkisen yleisradion vastuualueeksi on annettu yleisen edun palveleminen – riippumattomana valtion viranomaisista – siten, että se itse huolehtii johtamisesta ja organisaatiosta siten, että julkisten viranomaisten ei anneta vaikuttaa sen toimintaan, ja kun toimintaa rahoitetaan pääosin vastaanottimen omistavien henkilöiden lupamaksuilla, jotka määrätään, lasketaan ja peritään valtion tässä tarkoituksessa solmimien sopimusten nojalla ja jotka eivät ole seurausta näiden laitosten ja asiakkaiden välisistä sopimusjärjestelyistä.

38. Käsiteltävänä oleva asia on samanlainen sikäli, että sairauskassoja rahoitetaan pakolli-

14 – Ks. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Ing. Aigner, tuomion 51 kohta, jossa viitataan asiaan Bayerischer Rundfunk ym. v. GEWA, mainittu alaviitteessä 4, tuomion 30 kohta.

15 – Ks. edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Ing. Aigner, tuomion 36 kohta, jossa viitataan asiaan C-237/99, komissio v. Ranska, tuomio 1.2.2001 (Kok. 2001, s. I-939, 40 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen). Ks. myös edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Adolf Truley, tuomion 34 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen.

16 – Ks. Edellä alaviitteessä 5 mainittu asia Adolf Truley, tuomion 68 kohta, jossa viitataan mm. edellä alaviitteessä 7 mainittuun asiaan University of Cambridge, tuomion 20 kohta ja komissio v. Ranska, mainittu alaviitteessä 15, tuomion 44 kohta.

17 – Mainittu alaviitteessä 4.

silla, lakisääteisillä maksuilla. Siksi mielestäni se, saako laitos rahoituksensa suoraan valtiolta veroina vai epäsuorasti <sup>18</sup> pakollisista, lakisääteisistä maksuista, on merkityksetöntä.

kassassa, kuten laki edellyttää, ja että näiden kassojen rahoitus on turvattu pakollisella jäsenyydellä ja maksuilla. Komissio viittaa Saksan terveysministeriöltä saatuun tietoon, jonka mukaan maksut muodostavat 95 prosenttia kassan tuloista.

39. Yhteisöjen tuomioistuimelle esitettyjen asiakirjojen perusteella tätä väitettä tukee se, että Saksassa suunniteltujen uudistusten yhteydessä (maksujen perimisen ja riskintausjärjestelmän yksinkertaistamiseksi) on harkittu maksujen perimisen jättämistä valtiolliselle keskusyksikölle (terveysrahasto), joka sitten jakaisi kunkin jäsenen (riskipainotetut) maksut sairauskassoille.

41. Lisäksi maksujen suuruus määräytyy pelkästään vakuutetun tulojen perusteella maksujen laskennassa käytettävään enimmäisrajaan asti. Koska valtio takaa kassojen rahoituksen, ne myös nauttivat erityis asemasta kilpailijoihinsa (yksityisiin kassoihin) verrattuna. Velvollisuus maksaa korvauksia ei riipu vakuutusmaksujen tosiasiallisesta maksamisesta. Sairauskassojen tarjoamat palvelut eivät siten ole yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan ”erityissuoritus” annetuista terveyspalveluista. <sup>19</sup>

40. On syytä huomioda, että ylivoimaisesti suurin osa Saksan väestöstä (noin 90 prosenttia) on vakuutettuna tällaisessa

42. Kansallinen tuomioistuin tekee eron käsiteltävänä olevan asian ja asiassa Bayerischer Rundfunk ym. vastaan GEWA <sup>20</sup> vallinneen tilanteen välillä siinä mielessä, että nyt esillä olevassa asiassa maksun suuruutta ei määrää valtio vaan lakisääteinen vakuutusrahasto.

18 – Ks. asia C-306/97, Connemara Machine Turf, tuomio 17.12.1998 (Kok. 1998, s. I-8761, 34 kohta). Ks. myös esimerkiksi 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*, nro 4/2008, s. NA 127.

19 – Edellä alaviitteessä 7 mainittu asia University of Cambridge, tuomion 21 kohta.

20 – Mainittu alaviitteessä 4.

43. Tässä suhteessa on syytä pitää mielessä, että ennakkoratkaisupyyntöstä käy ilmi, että maksuosuuden määrittäminen edellyttää valtion valvontaviranomaisten hyväksyntää. Lisäksi laissa säädetään tarkasti, miten kyseiset maksut lasketaan, ja siitä, että niistä saatava tulo ei saa olla kustannuksia pienempi tai suurempi. Koska sairauskassalta edellytettävät suoritukset ovat suurimmaksi osaksi lakisääteisiä, sairauskassa ei juurikaan voi suoraan vaikuttaa menojensa suuruuteen ja sen seurauksena maksun määräytymiseen.

44. Edellä mainittujen seikkojen valossa katson siten, että sairauskassat täyttävät kolmannen ehdon (ensimmäinen vaihtoehto), koska ne ovat suurimmaksi osaksi valtion rahoittamia.

45. Toisesta vaihtoehdosta eli läheisyydestä valtion kanssa valvonnan kautta tuomioistuimien katsoi asiassa Adolf Truley, että oikeuskäytännön valossa ”vaikuttaa mahdottomalta katsoa, että hoidon valvontaa koskeva arviointiperuste täytyisi tilanteessa, jossa valvonta tapahtuu vasta jälkikäteen, sillä määrittelmän mukaan viranomaiset eivät jälkikäteistä valvontaa harjoittaessaan voi vaikuttaa kyseisen laitoksen tekemiin julkisia hankintoja koskeviin päätöksiin”.<sup>21</sup> Kuten tämän ratkaisuehdotuksen 17–19 kohdasta ja

kansallisen tuomioistuimen toimittamasta aineistosta kuitenkin ilmenee, Saksan lakisäätöisessä sairausvakuutusjärjestelmässä valvonta ei rajoitu pelkästään jälkikäteen tapahtuvaan valvontaan asiaa koskevassa oikeuskäytännössä tarkoitettulla tavalla.

46. Yhteisöjen tuomioistuin vahvisti asiassa Adolf Truley,<sup>22</sup> että johdon valvontaa koskeva peruste ”täyttyy sitä vastoin sellaisessa tilanteessa, jossa julkinen valta tarkastaa kyseisen laitoksen tilinpäätöksen lisäksi myös sen hoidon numerotietojen paikkansapitävyyden, toiminnan lainmukaisuuden, säästävyyden, kannattavuuden ja tarkoituksenmukaisuuden kannalta katsottuna”, mikä pääasiassa vaikuttaa toteutuvan. Komissio huomautti aivan oikein, että johdon valvontaa koskeva peruste täyttyy, koska sovellettavat säännökset, erityisesti SGB:n V luku, ovat niin yksityiskohtaisia. Viimeksi mainittu säätelee myös kassojen ja eri palveluntarjoajien kuten lääkäreiden, hammaslääkäreiden, farmaseuttien ynnä muiden välisiä suhteita. Laissa säädetään tehtävät, jotka kuuluvat sairauskassoille, miten tehtävät tulee hoitaa ja miten kassojen tulee rahoittaa toimintansa. Valvontaviranomaisilla on myös valta puuttua suoraan kassojen organisaatioon.

21 – Mainittu alaviitteessä 5, tuomion 70 kohta.

22 – Idem., tuomion 74 kohta.

47. Vastoin AOK:n väitettä, jonka mukaan tehokasta johdon valvontaa ei voi olla, koska julkisilla viranomaisilla ei ole valtaa mitätöidä kassojen hankintapäätöksiä, katson, että oleellista tässä asiassa on yleinen riippuvuus hankintaviranomaisesta, ei se, voidaanko yksittäisiin sopimuksiin vaikuttaa. Siksi ei ole tarpeen todistaa, että käytössä oleva johdon valvonta koskee urakoiden antamisprosessia.<sup>23</sup>

48. Tässä asiassa on monia yhtymäkohtia asiaan komissio vastaan Ranska.<sup>24</sup> Samoin tuossa asiassa, myös tässä ollaan huolestuneita tilanteesta, jossa sairauskassojen toiminta ”on hyvin tarkkaan rajoitettu”. Kuten tuomioistuin toiseksi asiassa jatkoi, on myös selvää, että ”koska johtoa koskevat säännöt ovat hyvin yksityiskohtaisia, jo pelkkä niiden noudattamisen valvonta voi johtaa viranomaisten merkittävään vaikutusvaltaan”. Kuten käsiteltävänä olevassa asiassa, kolmanneksi valvovalla viranomaisella on toimivalta ”määrätä [kassan] purkamisesta – – ja – – vapauttaa johtelimet, [ottaa johto käsiinsä itse] ja nimittää väliaikainen toimitsijamies”. Neljänneksi yllä mainitussa tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin päätti, että vaikka näillä

säännöksillä toimivaltaiselle ministeriölle myönnetyn toimivallan käyttö ”on todella poikkeuksellista, se merkitsee kuitenkin pysyvää valvontaa, joka on ainoa keino havaita [johdon] virheet”.

49. Sitä tosiasiaa, että johdon valvonnan perusteet täyttyvät käsiteltävänä olevassa asiassa, vahvistaa myös Bundesverfassungsgerichtin tuomio,<sup>25</sup> johon kansallinen tuomioistuin viittaa. Tuomiossa aiempi tuomioistuin päätti, että sairauskassat ”voivat vastata itse hallinnostaan siinä mielessä, että niillä on toimivalta omaan itsenäiseen toimintaan vain hyvin pienissä määrin” ja ”itsenäinen sääntöjä, organisatiota, maksuja ja korvauksia koskeva päätösvalta on suurelta osin suljettu pois”.

50. Edellä mainitun perusteella kyseiset sairauskassat täyttävät myös kolmannen edellytyksen (toisen vaihtoehdon), koska niiden johto on valtion valvonnan alainen.

23 – Ks. Arrowsmith, S., ”The Law of Public and Utilities Procurement”, Thomson, Sweet & Maxwell, London, 2005, s. 260, 5.7 kohta. Tähän liittyen julkisasiamies Alber totesi ratkaisuehdotuksessaan edellä alaviitteessä 7 mainitussa asiassa University of Cambridge (tuomion 37 kohta), että ”yhteisöjen tuomioistuin on tosin katsonut asiassa Conne-mara Machine Turf ja asiassa komissio v. Irlanti antamissaan tuomioissa, että julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimuksia on valvottava (tältä osin riittävänä on pidetty välillistä valvontaa, toisin sanoen ettei siitä ole missään säännöksessä nimenomaisesti säädetty), jotta yksikkö voidaan luokitella hankintaviranomaiseksi Irlannissa”.

24 – Mainittu alaviitteessä 15, tuomion 50, 52, 54 ja 56 kohta.

25 – Tuomio 9.6.2004, DVBl. 2004, 1161, 1163.

51. Tästä seuraa siten, että pääasiassa riidan kohteena olevat saksalaiset sairauskassat ovat julkisoikeudellisia laitoksia, koska ne on luetteloitu sellaisiksi direktiivin 2004/18 liitteessä III ja koska ne täyttävät joka tapauksessa kaikki ehdot, joiden perusteella ne yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan voidaan sellaisiksi luokitella.

54. AOK väittää itse asiassa, että oleellinen kysymys on se, miten määritellään "tavaranhankinnan" ja "palveluhankinnan" arvo, kun ne yhdessä muodostavat sopimuksen, jossa on molempia elementtejä. Tämänkaltaisessa tapauksessa on "arvon" lisäksi määriteltävä, mikä hankinnoista on "luonteenomainen sopimuksen sisällölle".

## B Toinen kysymys

52. Kun ensimmäiseen kysymykseen on nyt vastattu myöntävästi, toisessa kysymyksessä kansallinen tuomioistuin kysyy itse asiassa, onko käsiteltävänä oleva hankinta "tavaranhankintoja koskeva sopimus" vai "palveluhankintoja koskeva sopimus". Kysymys on tärkeä, sillä luokittelu "tavaranhankintoja koskevaksi sopimukseksi" merkitsee sitä, että olisi noudatettava direktiivin 2004/18 ehtoja.

55. Komissio esittää puolestaan, että rajanvetoa julkisten tavaranhankintojen ja palveluhankintojen välillä ohjaa direktiivin 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan toinen alakohta, jossa määritellään arvon kvantitatiivinen peruste.

## 2. Arviointi

### 1. Asianosaisten pääasialliset lausumat

53. Oymanns esittää olennaisilta osin, että yksilöllisesti tuotettujen tuotteiden tarjoaminen tulisi kokonaisuudessaan katsoa tavaroiden toimittamiseksi.

56. Toisin kuin kansallinen tuomioistuin, olen ensiksikin sitä mieltä, että asiasta Auroux ym. ilmenevää oikeuskäytäntöä<sup>26</sup> – jonka mukaan ero julkisen palveluhankintoja koskevan ja julkisia rakennusurakoita koskevan sopimuksen välillä tulee tehdä

<sup>26</sup> – C-220/05, tuomio 18.1.2007 (Kok. 2007, s. I-385, 37 ja 46 kohta).

sopimuksen pääasiallisen kohteen perusteella (laadullinen arvio) – ei voida soveltaa eron tekemiseen tavaranhankintoja ja palveluhankintoja koskevien sopimusten välillä.

57. Sen sijaan direktiivin 1 artiklan 2 kohdan d alakohdassa säädetään, että ”julkista hankintaa koskevaa sopimusta, jonka kohteena ovat sekä tuotteet että – palvelut, pidetään ”julkisia palveluhankintoja koskevana sopimuksena”, jos palvelujen arvo [määrällinen arvio] on suurempi kuin hankintasopimukseen sisältyvien tuotteiden arvo” (korostus lisätty).<sup>27</sup> Myös direktiivin 22 artikla tukee sitä tulkintaa, että se, koskeeko sopimus julkisia tavaranhankintoja vai palveluhankintoja, arvioidaan pelkästään arvon perusteella.

58. Koska arvo on asiakysymys, kansallisen tuomioistuimen tulee käsitellä sitä. Pääsääntö kuitenkin on, että sopimus on tavaranhankintoja koskeva sopimus, jos tavaroista saatavan korvauksen arvo on yhtä suuri tai suurempi kuin palveluista saatavan korvauksen. Muussa tapauksessa sopimus on julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus.<sup>28</sup>

59. On siten tarpeen määritellä, miten käyttäjän tarpeisiin mukautettujen jalkineiden valmistukseen suhtaudutaan koko hankinnan yhteydessä (joka koostuu muun muassa jalkineiden valmistuksesta ja siihen liittyvistä palveluista).

60. Mielestäni vaikuttaa joka tapauksessa ensi näkemältä siltä, että yksittäisten jalkineiden valmistus on katsottava osaksi hankintaa. Tässä yhteydessä kansallinen tuomioistuin esittää, että alustavan arvion perusteella jalkinetoimituksen arvo on suurempi kuin palveluiden arvo kattavista konsultaatiotehtävistä huolimatta. Lisäksi kansallinen tuomioistuin huomauttaa aivan oikein, että direktiivin 1999/44 1 artiklan 4 kohdassa sopimusta, joka koskee valmistettavan kulutustavaran toimittamista, pidetään kauppasopimuksena riippumatta siitä, koskeeko se standardoituja tuotteita vai tietyn hankintaprosessin tarpeisiin mukautettuja tuotteita (tuotteita, jotka eivät ole paljoustavaroita). Tämä vahvistaa sen, että arvio riippuu valmistettujen jalkineiden ja neuvonnan suhteellisesta arvosta.

61. Lisäksi komissio huomauttaa oikeuteusti, että asetus (EY) N:o 2195/2002 yhteisestä hankintasanastosta,<sup>29</sup> jossa ortopediset jalkineet mainitaan useaan kertaan, antaa

27 – Esimerkkinä asiasta, joka koskee sekä tuotteita että palveluita, ks. esim. asia C-107/98, Teckal, tuomio 18.11.1999 (Kok. 1999, s. I-8121).

28 – Ks. Arrowsmith, S., mainittu alaviitteessä 23, s. 332, 6.73 kohta ja Trepte, P., mainittu alaviitteessä 11, s. 235, 4.107 kohta.

29 – Yhteisestä hankintasanastosta 5.11.2002 annettu Euroopan parlamentin ja neuvoston asetus (EY) N:o 2195/2002 (EYVL L 340, s. 1).

aiheen olettaa, että ne ovat ”tuotteita”, vaikka ne edellyttäisivät neuvontapalveluita.<sup>30</sup> Lopuksi voidaan jopa väittää 1 artiklan 2 kohdan d alakohdan toisen alakohdan mukaisesti, että pääasiassa käsiteltävänä oleva sopimus on julkinen hankintasopimus (tuotteiden toimittaminen, tässä tapauksessa kenkien), johon sisältyy myös hyvin erityislaatuista ”asennustoimenpiteitä” (palvelujen toimittaminen, tässä tapauksessa tuotteen yksityiskohtainen käyttöopastus). Muita esimerkkejä voisivat olla tietojenkäsittelyjärjestelmää koskeva sopimus, joka usein kattaa sekä laitteet (tuotteet) että tilauksesta tehdyt ohjelmat, tai sopimus sekä tuotteiden toimitamisesta (esimerkiksi ajoneuvojen) että niiden huollosta.<sup>31</sup>

### C Kolmas kysymys

63. Jos toisessa ennakkoratkaisukysymyksessä tarkoitettu käyttöön asettaminen on luokiteltava ”palveluksi”, kolmannessa kysymyksessään kansallinen tuomioistuin pyytää perimmiltään vastausta siihen, sopiiko ”palveluja koskeva käyttöoikeussopimus” – erotuksena ”puitesopimuksesta” – käytettäväksi pääasiassa käsiteltävänä olevan asian kaltaisessa tilanteessa. Kansallinen tuomioistuin huomauttaa, että luokittelu ”palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi” kansallisen lainsäädännön perusteella johtaa tiettyjen hankintoja koskevien lakien soveltamiseen, mistä seuraa, että Oymannsin valitus menestyisi ainakin osittain. Jos sopimus taas katsottaisiin ”palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi”, se olisi heti hylättävä.

62. Toiseen kysymykseen tulee siten vastata siten, että sellaisten tuotteiden käyttöön asettaminen, jotka valmistetaan ja mukautetaan yksilöllisesti kunkin asiakkaan tarpeita vastaaviksi ja joiden käyttö on neuvottava kullekin asiakkaalle yksilöllisesti, on luokiteltava ”tavaranhankintoja koskevaksi sopimukseksi” tai ”palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi” kyseessä olevien ja huomioon otettavien suoritusten arvon mukaan, mikä on asiakysymys, joka kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava.

#### 1. Asianosaisten pääasialliset väitteet

30 – Lisäksi tällaiset jalkineet ovat Saksan lain mukaan ”apuvälineitä” riippumatta siitä, onko ne valmistettu sarjatuotantona vai mittatilaustyönä (SGB:n V luku, 128 §, ryhmä 31 ”Kengät”).

31 – Ks. Arrowsmith, S., mainittu alaviitteessä 23, s. 331–332, 6.73 kohta.

64. Oymanns väittää, että integroidussa hoidossa on kyse puitejärjestelystä, sillä siinä pelkästään määritellään puitteet, joita sovel-

letaan yksittäisiin, myöhemmin solmittaviin sopimuksiin ja erityisesti hinnoitteluun.

koskevaa sopimusta, paitsi että palvelujen suorittamisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä”.

65. AOK väittää itse asiassa, että integroituun hoitoon liittyvä hankintasopimus on palveluja koskeva käyttöoikeussopimus; puitejärjestelystä ei ole kysymys, koska sairauskassa menettää valtansa prosessin loppuosan suhteen, kun se solmii sopimuksen toimitajan kanssa.

68. Toisaalta taas ”puitejärjestelyllä” tarkoitetaan ”yhden tai useamman hankintaviranomaisen ja yhden tai useamman taloudellisen toimijan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot erityisesti hintojen ja tarvittaessa ennakoitujen määrien osalta”.

66. Komissio väittää, että sairauskassan ja toimittajan välinen sopimus on puitejärjestely.

## 2. Arviointi

67. Direktiivi määrittelee toisaalta, että ”palveluja koskevalla käyttöoikeussopimuksella” tarkoitetaan ”muutoin samanlaista sopimusta kuin julkista palveluhankintaa

69. Olen ensiksikin samaa mieltä Oymannsin kanssa siitä, että kyseinen sopimus ei voi olla puitejärjestely, koska korvauksen maksamisesta vastaa sairauskassa, ei potilas, pieniä vakuutusmaksuja lukuun ottamatta. Tässä yhteydessä viitataan asiaan *Parking Brixen*.<sup>32</sup> Integroitua hoitoa ei voida luokitella palveluja koskevaksi käyttöoikeussopimukseksi, koska viimeksi mainittu tarkoittaa tietyn palvelun käyttöoikeuden siirtymistä ja toimiluvan saaja kantaa kaiken hyödyntämiseen liittyvän taloudellisen riskin tai suurimman osan siitä. Käsiteltävänä olevassa asiassa toimittajan ei

<sup>32</sup> – Asia C-458/03, tuomio 13.10.2005 (Kok. 2005, s. I-8585, 39 ja 40 kohta).

vaadita suorittavan mitään palvelua ennen kuin vakuutetun henkilön kanssa on solmittu sopimus. Hän ei siis saa korvauksena minkäänlaista etukäteisoikeutta hyödyntää palvelua.<sup>33</sup> Toimittajan edellytetään tarjoavan palveluitaan vakuutetun henkilön pyynnöstä, kuitenkin ilman mahdollisuutta neuvotella hinnasta tai omasta korvauksestaan, joka sovitaan sairauskassan kanssa ja jonka sairauskassa maksaa. Toimittaja ei siten kannata taloudellista riskiä edellä mainitussa yhteisön oikeuskäytännössä tarkoitetulla tavalla.

tarvitsee vakuutettu sen palveluita, ja jos tarvitsee, niin missä määrin, on nimenomaan direktiivin 1 artiklan 5 kohdan mukaisesti eräs puitejärjestelyn ominaispiirre. Haluan lisätä, että vaikka kansallinen tuomioistuin luokittelee kyseessä olevan sopimuksen ”palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi”, mielestäni sopimus on silti puitejärjestely eikä palveluja koskeva käyttöoikeussopimus.

70. Komissio on mielestäni oikeassa luokitellessaan sairauskassan ja toimittajan välisen sopimuksen lähes klassiseksi esimerkiksi puitejärjestelystä, koska siinä määritellään tietyn ajanjakson aikana suoritettavien palvelujen toimitusta ja niihin liittyvää neuvontaa koskevat ehdot. Toimittajan edellytetään toimittavan jalkineet ja sairauskassan edellytetään maksavan korvauksen vasta myöhempien yksittäisten sopimusten perusteella. Se seikka, että toimittaja ei etukäteen tiedä,

71. Kun otetaan huomioon edellä mainittu, vastauksen kolmanteen kysymykseen on oltava, mikäli toisessa kysymyksessä mainittu tuotteiden käyttöön asettaminen luokitellaan ”palveluksi”, että direktiivin 1 artiklan 4 kohdan – erotuksena ”puitejärjestelystä” direktiivin 1 artiklan 5 kohdan tarkoittamassa merkityksessä – on tulkittava tarkoittavan, että tuotteiden käyttöön asettamisen siinä muodossa kuin pääasiassa ei voida katsoa olevan ”palveluja koskeva käyttöoikeussopimus”.

33 – Asiaa C-324/98, Telaustria Verlag, tuomio 7.12.2000 (Kok. 2000, s. I-745, 30 kohta) (joka koskee aiempaa direktiiviä 93/38) koskevassa tuomiossa tuomioistuin määritteli palveluiden käyttöoikeuden ”oikeudeksi käyttää omaa suoritustaan hyödykseen”. Käsiteltävänä olevassa asiassa toimittajan ei tarvitse hankkia ja ylläpitää kallista infrastruktuuria (tiloja, henkilökuntaa, laitteita), jotka olisi kustannettava sopimuksista saatavilla korvauksilla.

#### IV Ratkaisuehdotus

72. Olen sen vuoksi sitä mieltä, että yhteisöjen tuomioistuimen on vastattava Oberlandesgericht Düsseldorfin (Saksa) esittämiin ennakkoratkaisukysymyksiin seuraavasti:

- 1) Pääasiassa niiden kohteena olevat saksalaiset sairauskassat ovat julkisoikeudellisia laitoksia, koska ne on luetteloitu sellaisiksi julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY liitteessä III ja koska ne joka tapauksessa täyttävät kaikki yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä mainitut ehdot, joiden mukaan ne voidaan luokitella sellaisiksi.
- 2) Sellaisten tuotteiden käyttöön asettaminen, jotka valmistetaan ja mukautetaan yksilöllisesti kunkin asiakkaan tarpeita vastaaviksi ja joiden käyttö on neuvottava kullekin asiakkaalle yksilöllisesti, on luokiteltava "tavaranhankintoja koskevaksi sopimukseksi" tai "palveluhankintoja koskevaksi sopimukseksi" kyseessä olevien ja huomioon otettavien suoritusten arvon mukaan, mikä on asiakysymys, joka kansallisen tuomioistuimen on ratkaistava.
- 3) Mikäli toisessa kysymyksessä mainittu tuotteiden käyttöön asettaminen luokitellaan "palveluksi", direktiivin 2004/18 1 artiklan 4 kohdan – erotuksena "puitejärjestelystä" direktiivin 1 artiklan 5 kohdan tarkoittamassa merkityksessä – on tulkittava tarkoittavan, että tuotteiden käyttöön asettamisen siinä muodossa kuin pääasiassa on kyse, ei voida katsoa olevan "palveluja koskeva käyttöoikeussopimus".