

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

J. MAZÁK

van 16 december 2008¹

1. In de onderhavige verwijzing voor een prejudiciële beslissing verzoekt de Vergabesenat van het Oberlandesgericht Düsseldorf (Duitsland) het Hof richtlijn 2004/18/EG² uit te leggen in de context van de Duitse wettelijke ziekenfondsen. De verwijzende rechter vraagt in wezen of deze ziekenfondsen publiekrechtelijke instellingen zijn en dus aanbestedende diensten en hoe de betrokken overeenkomst moet worden gekwalificeerd.

„Als ‚aangebestedende diensten’ worden aangemerkt de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.

Onder ‚publiekrechtelijke instelling’ wordt iedere instelling verstaan:

I — Toepasselijke bepalingen

a) die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;

A — Gemeenschapsrecht

b) die rechtspersoonlijkheid bezit, en

2. Artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 bepaalt:

c) waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste, ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan

¹ — Oorspronkelijke taal: Engels.

² — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134, blz. 114; hierna: „richtlijn”).

de helpt door de staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

ging van [...] d) de in bijlage III opgenomen lijsten van de instellingen en van de categorieën publiekrechtelijke instellingen, wanneer dit op basis van de kennisgevingen van de lidstaten noodzakelijk blijkt [...]"

De niet-limitatieve lijsten van de publiekrechtelijke instellingen en van de categorieën publiekrechtelijke instellingen die aan de in de tweede alinea onder a), b) en c), genoemde criteria voldoen, zijn in bijlage III opgenomen. Daartoe stellen de lidstaten de Commissie op gezette tijden in kennis van de in hun lijsten opgetreden wijzigingen."

3. Deel III, categorie 1.1 van bijlage III bij de richtlijn vermeldt onder „Duitsland”: „Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger)/[sociale verzekeringen (ziekenfondsen, ongevallenverzekerings- en pensioenverzekeringsfondsen)]".

4. Artikel 79 van de richtlijn, met het opschrift „Wijzigingen”, bepaalt: „De Commissie kan, volgens de in artikel 77, lid 2, bedoelde procedure overgaan tot wijzi-

5. Artikel 1 van de richtlijn, met het opschrift „Definities”, bepaalt:

„2. a) ‚Overheidsopdrachten’ zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.

[...]

c) ‚Overheidsopdrachten voor leveringen’ zijn andere dan de onder b) bedoelde overheidsopdrachten die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten.

[...]

het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid.

- d) 'Overheidsopdrachten voor diensten' zijn andere overheidsopdrachten dan overheidsopdrachten voor werken of leveringen, die betrekking hebben op het verrichten van de in bijlage II bedoelde diensten.

[...]"

Een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten in de zin van bijlage II betrekking heeft, wordt als een 'overheidsopdracht voor diensten' beschouwd indien de waarde van de desbetreffende diensten hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten.

6. Artikel 32, lid 2, van de richtlijn bepaalt: „Met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst volgen de aanbestedende diensten de in deze richtlijn bedoelde procedure-regels [...]"

[...]

7. Artikel 21 van de richtlijn bepaalt: „Voor de plaatsing van opdrachten voor het verlenen van in bijlage II B vermelde diensten zijn alleen artikel 23 en artikel 35, lid 4, van toepassing."

4. De 'concessieovereenkomst voor diensten' is een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs.

8. Bijlage II B, categorie nr. 25, betreft „Gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening".

5. Een 'raamovereenkomst' is een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met

9. Artikel 22 van richtlijn bepaalt: „De opdrachten die zowel op in bijlage II A als op in bijlage II B vermelde diensten betrekking

hebben, worden overeenkomstig de artikelen 23 tot en met 55 geplaatst indien de waarde van de in bijlage II A vermelde diensten hoger is dan die van de in bijlage II B vermelde diensten en, zo niet, overeenkomstig artikel 23 en artikel 35, lid 4.”

10. Ten slotte bepaalt artikel 1, lid 4, van richtlijn 1999/44/EG³: „Overeenkomsten tot levering van te vervaardigen of voort te brengen consumptiegoederen vallen eveneens onder deze richtlijn.”

B — *Nationaal recht*

11. Het Duitse openbare gezondheidszorgstelsel en de organisatie en financiering van de openbare ziekenfondsen in dat land worden geregeld in de boeken IV en V van het Sozialgesetzbuch (hierna: „SGB”). Volgens § 1, lid 1, SGB hebben deze fondsen als een gemeenschap op basis van het solidariteitsbeginsel tot taak de gezondheid van de verzekerden te handhaven, te herstellen en te verbeteren.

3 — Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (PB L 171, blz. 12).

12. Wettelijke ziekenfondsen zijn publiek-rechtelijke verenigingen met rechtspersoonlijkheid en recht op autonoom bestuur. Hoewel de in het kader van het verplichte stelsel verzekerden het wettelijke ziekenfonds kunnen kiezen, kunnen zij niet kiezen tussen een publiek of een particulier ziekenfonds. De fondsen worden gefinancierd door i) verplichte bijdragen van de verzekerden; ii) rechtstreekse betalingen van de federale staat, en iii) compensatiebetalingen door het financieel compensatiesysteem, bestaande uit de verschillende publieke ziekenfondsen, en het mechanisme voor structurele compensatie van risico's.

13. De hoogte van de bijdrage hangt, tot aan de premiebijdragegrens, enkel af van het inkomen van de verzekerde. Andere factoren, zoals leeftijd, ziekteverleden, aantal meeverzekerden, spelen geen rol. In de praktijk houdt de werkgever het aandeel van de werknemer in de bijdrage in op diens loon en wordt de bijdrage — samen met het aandeel van de werkgever in de bijdrage — vervolgens betaald aan het ziekenfonds. Betaling en inning van bijdragen zijn verplicht krachtens bepalingen van publiekrecht.

14. Het premietarief wordt niet vastgesteld door de staat, maar door de wettelijke ziekenfondsen. Deze fondsen moeten het tarief aldus berekenen dat de bij de wet vastgestelde uitgaven samen met andere middelen worden gedekt en wordt gegarandeerd dat

de werkingsmiddelen en wettelijke reserves beschikbaar zijn. De vaststelling van het premietarief moet worden goedgekeurd door het overheidsorgaan bevoegd voor het toezicht op elk ziekenfonds en het premiebedrag wordt tot op zekere hoogte bij wet vastgesteld. Het moet zo worden vastgesteld dat de daaruit voortkomende inkomsten niet boven of beneden de uitgaven blijven. Aangezien de te verlenen prestaties in overwegende mate bij wet zijn voorgeschreven, heeft het ziekenfonds nauwelijks invloed op de hoogte van de uitgaven.

ziekenfonds controleren. De toeziende overheid kan de overlegging van documenten eisen en om inlichtingen verzoeken. Elk ziekenfonds moet tijdig zijn voorlopige begroting bij de toeziende overheid indienen.

15. Verschillen in uitgaven door de onderscheiden risicoprofielen van de verzekerden worden opgevangen doordat er een structurele compensatie van risico's plaatsvindt. Er is ook een bepaalde „verplichting tot solidariteit” onder de ziekenfondsen. Op deze wijze garandeert de staat indirect de vervulling van zijn verplichtingen door elk ziekenfonds. De ziekenfondsen hebben recht op autonoom bestuur en zijn onderworpen aan staatstoezicht. Het wettelijk toezicht in het Duits gezondheidszorgstelsel is niet enkel beperkt tot controle.

16. Bepaalde maatregelen, zoals de ziekenfondsenstatutenwijzigingen, de vaststelling van het premietarief, bouw en grondtransacties of gegevensverwerking, moeten door de toeziende overheid worden goedgekeurd. De toeziende overheid moet de zaakvoering, de boekhouding en de rendabiliteit van het

17. Het feit dat de verzekerde in de context van het betrokken stelsel via het ziekenfonds niet op vergoeding van kosten, maar op vrije toegang tot de overeenkomstige diensten, een zogenaamd beginsel van „diensten in natura” aanspraak maakt, leidt de ziekenfondsen ertoe om met verschillende beroepsbeoefenaars „verzorgingspakketten” overeen te komen die multisectoriëel of interdisciplinair kunnen zijn. Deze „integrale verzorgingspakketten” worden overeengekomen tussen de fondsen en verschillende beroepsbeoefenaars die in aanmerking komen om de verzekerde te behandelen. Zij bepalen de beloning voor de verschillende formules van het integrale verzorgingspakket die strekken tot betaling van alle diensten waarop de verzekerde in het kader van het pakket beroep kan doen. Het ziekenfonds is de partij bij de overeenkomst betreffende het integrale verzorgingspakket en is gehouden de beloning van de beroepsbeoefenaars te betalen. De verzekerden kiezen aan welke formules van het pakket zij deelnemen, maar zodra de verzekerde een dergelijke formule kiest, moet hij een beroep doen op de diensten van de beroepsbeoefenaar met wie het betrokken ziekenfonds een dergelijke overeenkomst heeft gesloten.

II — Feiten en verwezen vragen

18. AOK Rheinland, een wettelijk ziekenfonds, die fuseerde met AOK Hamburg, en aldus verweerder in het hoofdgeding (hierna: „AOK”) is, nodigde door middel van een publicatie in het tijdschrift Orthopädie-Shuh-technik van juni 2006 orthopedische schoentechnici uit om offertes in te dienen voor de vervaardiging en levering van schoenen voor het integrale verzorgingspakket in de zin van de §§ 140a en volgende SGB V voor diabetisch voetsyndroom voor de periode van 1 september 2006 tot en met 31 december 2006. De te verlenen prestaties werden naargelang de kosten ervan in verschillende groepen ingedeeld, waarvoor de aanbieders prijsoffertes moesten indienen. Volgens de „bijzondere contractuele voorwaarden” konden patiënten met een ziekenfondskaart en een relevant medisch voorschrift zich rechtstreeks tot de betrokken orthopedische schoentechnicus wenden; een verklaring dat AOK voor de kosten zou opkomen, was overbodig. De contractpartij had tot taak orthopedische schoenen op maat te vervaardigen en individueel na te gaan of ze pasten, waarbij voor het aanmeten, de aflevering en de voorgeschreven controle steeds uitvoerig overleg moest worden gepleegd. De betalingen zouden — met uitzondering van supplementen ten laste van de patiënten — door AOK worden gedaan.

19. Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik (hierna:

„Oymanns”), een bedrijf voor orthopedische schoenen, diende een offerte in en diende vervolgens klacht in wegens inbreuk op het aanbestedingsrecht. De bezwaren werden door AOK van de hand gewezen omdat de bepalingen van het aanbestedingsrecht niet van toepassing zouden zijn. Oymanns stelde daarop beroep bij de Vergabekammer in. Het beroep werd verworpen. Daartegen stelde Oymanns hoger beroep in bij de verwijzende rechter.

20. Het Oberlandesgericht Düsseldorf heeft de behandeling van de zaak geschorst en de volgende vragen ter prejudiciële beslissing naar het Hof verwezen:

„1) a) Moet het vereiste ‚door de staat [...] gefinancierd’ in artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, eerste alternatief, van de richtlijn aldus worden uitgelegd dat daaraan is voldaan wanneer de staat de aansluiting bij een ziekenfonds en de plicht om premiebijdragen — waarvan de hoogte afhangt van het inkomen — te betalen aan een gegeven ziekenfonds voorschrijft, waarbij het ziekenfonds het premietarief vastlegt, maar de ziekenfondsen door een in de motivering nader uiteengezet stelsel van solidaire financiering met elkaar verbonden zijn en de nakoming van de verplichtingen van elk ziekenfonds verzekerd is?

b) Moet het vereiste van artikel 1, lid 9, tweede alinea, sub c, tweede alternatief, volgens hetwelk de instelling voor 'het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste', aldus worden uitgelegd dat staatstoezicht dat ook lopende of toekomstige zaken betreft, — eventueel naast andere in de motivering uiteengezette mogelijkheden voor ingrijpen door de staat — afdoende is om aan dit vereiste te voldoen?

de richtlijn — dan aldus worden uitgelegd dat 'onder een 'concessieovereenkomst voor diensten' ook een aanbesteding moet worden verstaan waarbij

— de beslissing over de vraag of en wanneer aan de opdrachtnemer individuele opdrachten worden gegeven niet door de opdrachtgever, maar door derden wordt genomen,

2) Indien de eerste prejudiciële vraag — sub a of b — bevestigend moet worden beantwoord, moet het bepaalde sub c en sub d van artikel 1, lid 2, van de richtlijn dan aldus worden uitgelegd dat de terbeschikkingstelling van waren, die, wat de vorm betreft, individueel volgens de eisen van de betrokken klant zijn vervaardigd en aan hem zijn aangepast en over het gebruik waarvan de betrokken klant individueel moet worden geadviseerd, is te kwalificeren als een 'opdracht voor leveringen' of als een 'opdracht voor diensten'? Speelt daarvoor enkel de waarde van de betrokken verrichting een rol?

— de opdrachtnemer door de aanbestedende dienst wordt betaald, omdat deze laatste volgens de wet enig schuldenaar van de vergoedingen is en als enige tegenover derden tot verrichting van de dienst gehouden is,

— de opdrachtnemer vóór zijn inschakeling door deze derden niet tot verrichtingen van welke aard ook gehouden is?"

3) Indien de in de tweede vraag genoemde terbeschikkingstelling als 'dienst' moet of kan worden gekwalificeerd, moet artikel 1, lid 4, van de richtlijn — te onderscheiden van een 'raamovereenkomst' in de zin van artikel 1, lid 5, van

21. Oymanns, AOK en de Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 19 juni 2008 zijn partijen in hun mondelinge opmerkingen gehoord.

III — Beoordeling

worden gefinancierd en dat hun beheer is onderworpen aan staatstoezicht.

A — De eerste vraag

22. Met zijn eerste vraag wenst het Oberlandesgericht Düsseldorf in wezen te vernemen of de ziekenfondsen publiekrechtelijke instellingen in de zin van richtlijn 2004/18 zijn, daar in Duitsland wordt betwist of wettelijke ziekenfondsen ondanks de opneming ervan in bijlage III bij de richtlijn als publiekrechtelijke instellingen zijn te beschouwen.

24. Volgens AOK, verweerder in het hoofdgeding, is de lijst in bijlage III bij richtlijn 2004/18 zuiver indicatief. Staatsfinanciering moet rechtstreeks uit publieke middelen komen. Ten slotte stelt AOK in wezen dat de autoriteiten alleen toezien op de naleving van de wet.

1. Hoofdargumenten van partijen

23. Volgens Oymanns, verzoekster in het hoofdgeding, doet de opneming van de Duitse ziekenfondsen in de lijst in bijlage III bij richtlijn 2004/18 een afdoend vermoeden ontstaan dat de gemeenschapswetgever deze fondsen als publiekrechtelijke instellingen beschouwde. Oymanns stelt in wezen dat de ziekenfondsen in hoofdzaak door de staat

25. De Commissie merkt op dat de ziekenfondsen uitdrukkelijk in bijlage III bij de richtlijn worden vermeld zodat zij als publiekrechtelijke instellingen moeten worden beschouwd. Bovendien stelt de Commissie in wezen dat de betrokken ziekenfondsen voldoen aan de voorwaarden voor die kwalificatie.

2. Beoordeling

instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden.”⁷

26. Krachtens artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 moeten de ziekenfondsen die in het hoofdingang aan de orde zijn, willen zij aanbestedende diensten vormen, voldoen aan de voorwaarden voor kwalificatie als publiekrechtelijke instellingen.

28. Om te beginnen worden de Duitse ziekenfondsen uitdrukkelijk vermeld in bijlage III bij de richtlijn. De betrokken bijlage bevat een niet-uitputtende lijst van de publiekrechtelijke instellingen van de lidstaten „die aan de in [artikel 1, lid 9 van de richtlijn] genoemde criteria voldoen”.

27. In dat verband dient, zoals advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak *Bayerischer Rundfunk* en anderen⁴ opmerkte, „volgens vaste rechtspraak van dit Hof het autonome communautaire begrip ‘aanbestedende dienst’ een functionele⁵ en ruime⁶ uitlegging te krijgen, teneinde het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, evenals de mogelijkheid dat een door de staat gefinancierde of gecontroleerde

29. De lidstaten kunnen bijlage III bij de richtlijn niet unilateraal wijzigen. Krachtens artikel 1, lid 9, van de richtlijn moeten de lidstaten de Commissie in kennis stellen van de in hun lijsten van publiekrechtelijke instellingen opgetreden wijzigingen. Uit artikel 79 van de richtlijn⁸ volgt dat alleen de Commissie „de in bijlage III opgenomen lijsten van de instellingen en van de categorieën publiekrechtelijke instellingen [kan wijzigen], wanneer dit op basis van de kennisgevingen van de lidstaten noodzakelijk blijkt”. Daartoe

4 — Arrest van 13 december 2007, C-337/06, Jurispr. blz. I-11173, punt 66.

5 — Arrest van 10 april 2008, Ing. Aigner, C-393/06, Jurispr. blz. I-2339, punt 37, dat verwijst naar voormeld arrest *Bayerischer Rundfunk* e.a., punten 36 en 37, en aldaar aangehaalde rechtspraak. Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer verwijst er met name naar de arresten van 27 februari 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, Jurispr. blz. I-1931, punt 41, en 16 oktober 2003, *Commissie/Spanje*, C-283/00, blz. I-11697, punt 73.

6 — In voormeld arrest *Adolf Truley*, punt 43, verklaarde het Hof dat „gelet op deze dubbele doelstelling van openstelling voor concurrentie en transparantie, [...] het begrip ‘publiekrechtelijke instelling’ in ruime zin [moet] worden opgevat”. Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer verwijst naar *Wollenschläger, F.*, „Der Begriff des ‘öffentlichen Auftraggebers’ im Lichte der neuesten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes” (Het begrip openbare dienst in het licht van de recente rechtspraak van het Hof van Justitie), *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, nr. 8/2005, blz. 345.

7 — Advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer verwijst hier naar de arresten van 3 oktober 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Jurispr. blz. I-8035, punt 17, en 12 december 2002, *Universale-Bau*, C-470/99, Jurispr. blz. I-11617, punt 52, en arrest *Adolf Truley*, aangehaald in voetnoot 5, punt 42.

8 — Met het opschrift „Wijzigingen”.

moet de Commissie de comitologie-procedure volgen.⁹ Blijkens het bij het Hof ingediende dossier is de comitologie-procedure met betrekking tot de Duitse ziekenfondsen tot dusver niet ingeleid.

gewijzigd volgens voormelde comitologie-procedure.¹²

30. In het licht van het voorgaande doet de opneming van de Duitse ziekenfondsen in de lijst in bijlage III bij de richtlijn mijns inziens het vermoeden ontstaan dat zij krachtens de richtlijn als aanbestedende diensten moeten worden beschouwd.¹⁰ Ofschoon de lijst van bijlage III als zodanig niet volledig is, heeft de gemeenschapswetgever bij de vaststelling van de lijst een aantal lichamen genoemd, die zijn inziens als publiekrechtelijke instellingen moeten worden beschouwd.¹¹ Bovendien kan de lijst in bijlage III alleen worden

31. Dienaangaande merk ik op dat het standpunt van de gemeenschapswetgever is weerspiegeld in een arrest van het Bundesverfassungsgericht van 31 januari 2008¹³, waarin het verklaarde dat de lokale ziekenfondsen publiekrechtelijke instellingen zijn.

32. Niettemin zal ik aantonen dat de Duitse ziekenfondsen hoe dan ook als aanbestedende diensten moeten worden beschouwd.

9 — Artikel 79 van de richtlijn verwijst naar de procedure in de zin van artikel 77 met het opschrift „Het raadgevend comité”, dat bepaalt dat de artikelen 3 en 7 van besluit 1999/468/EG van de Raad van 28 juni 1999 tot vaststelling van de voorwaarden voor de uitoefening van de aan de Commissie verleende uitvoeringsbevoegdheden (PBL 184, blz. 23) van toepassing zijn, met inachtneming van artikel 8 van dat besluit.

10 — In het algemeen moet een autoriteit de mogelijkheid hebben op basis van argumenten aan te tonen waarom zij niet (langer) als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijn is te beschouwen, maar dit bewijs is in casu niet geleverd.

11 — Deze uitlegging lijkt te stroken met het arrest Adolf Truley, aangehaald in voetnoot 5, waarin het Hof in punt 44 verklaarde: „Hieruit volgt dat, als een bepaalde instelling niet voorkomt op de lijst van bijlage I van richtlijn 93/37, van geval tot geval de situatie feitelijk en rechtens moet worden nagegaan om te onderzoeken of de instelling al dan niet voorziet in een behoefte van algemeen belang.” Zie ook Trepte, P., *Public Procurement in the EU A Practitioner's Guide*, Tweede uitgave, Oxford University Press, 2007, blz. 102, deel 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 [mijn cursivering], are to be considered as legal persons governed by public law.” Trepte merkte ook op dat het Hof de in de lijst in de bijlage opgenomen instellingen ook gebruikte als voorbeelden van soorten van gedekte instellingen en citeert de arresten van 10 november 1998, BFI Holding BV, C-360/96, Jurispr. blz. I-6821, punt 51, en 10 mei 2001, Agorà en Excelsior, C-223/99 en C-260/99, Jurispr. blz. I-3605, punt 37.

33. De definitie van „aangebestede dienst” in artikel 1, lid 9, van richtlijn 2004/18 volgt de bewoordingen van eerdere richtlijnen inzake overheidsopdrachten. De richtlijn is in feite grotendeels een herformulering of consolidering van de bepalingen van alle eerdere

12 — Zie conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak University of Cambridge, aangehaald in voetnoot 7, punt 20. Soortgelijke uitlegging bij Chiti, M. P., „The EC Notion of Public Administration: The Case of the Bodies Governed by Public Law”, *European Public Law*, Boek 8, uitgave 4, 2002, blz. 489. Zie ook arrest Adolf Truley, aangehaald in voetnoot 5, punt 39, waar het Hof verklaarde dat „de nauwkeurigheid [van de lijst] van lidstaat tot lidstaat aanzienlijk verschilt”.

13 — 1 BvR 2156/02.

richtlijnen inzake de plaatsing van overheidsopdrachten.¹⁴

34. Het Hof verklaarde dat volgens de rechtspraak de voorwaarden van artikel 1, lid 9, van de richtlijn — namelijk dat de instelling i) is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, andere dan die van industriële of commerciële aard, ii) rechtspersoonlijkheid heeft, en iii) in hoofdzaak afhankelijk is van staatsfinanciering — cumulatief zijn.¹⁵ Met betrekking tot de derde voorwaarde „afhankelijkheid van de staat” verklaarde het Hof evenwel dat de verschillende voorwaarden daarvoor van alternatieve toepassing zijn.¹⁶

35. Blijkens het bij het Hof ingediende dossier staat vast dat in casu is voldaan aan de eerste twee van voormelde drie voorwaarden.

36. Daarom zal ik mij toespitsen op de derde voorwaarde van voldoende nabijheid ten

opzichte van de staat. In het kader van deze voorwaarde dient in het bijzonder te worden nagegaan of de ziekenfondsen i) door de staat worden gefinancierd, en/of ii) het beheer ervan aan staatstoezicht is onderworpen.

37. Om te beginnen met betrekking tot het eerste alternatief — staatsfinanciering — volgt uit het arrest Bayerischer Rundfunk e.a.¹⁷ dat niet alleen directe staatsfinanciering, maar ook indirecte financiering volstaat om te voldoen aan de definitie. In de bijzondere context van omroeporganisaties verklaarde het Hof dat de uitdrukking „in hoofdzaak door de staat [...] gefinancierd” aldus moet worden opgevat dat er sprake is van een dergelijke financiering in geval van: i) activiteiten van publiekrechtelijke omroeporganisaties die een taak van openbaar belang hebben, onafhankelijk zijn van de staat, zelfbesturend zijn en zodanig zijn georganiseerd dat beïnvloeding door de overheid is uitgesloten; in geval ii) deze activiteiten in hoofdzaak worden gefinancierd door een bijdrage ten laste van bezitters van een ontvangtoestel, die wordt opgelegd, berekend en geïnd overeenkomstig de bepalingen van daartoe gesloten overeenkomsten tussen de federale overheid en de deelstaten en die niet volgt uit een overeenkomst tussen deze instellingen en de gebruikers.

38. Een overeenkomst met de onderhavige zaak is dat de ziekenfondsen met bij wet vastgestelde verplichte bijdragen worden

14 — Zie arrest Ing. Aigner, aangehaald in voetnoot 5, punt 51, dat in dit verband het arrest Bayerischer Rundfunk e.a., aangehaald in voetnoot 4, punt 30, aanhaalt.

15 — Zie arrest Ing. Aigner, aangehaald in voetnoot 5, punt 36, dat verwijst naar het arrest van 1 februari 2001, Commissie/Frankrijk, C-237/99, Jurispr. blz. I-939, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak. Zie ook arrest Adolf Truley, aangehaald in voetnoot 5, punt 34 en aangehaalde rechtspraak.

16 — Zie ook arrest Adolf Truley, aangehaald in voetnoot 5, punt 68, dat met name verwijst naar de arresten University of Cambridge, aangehaald in voetnoot 7, punt 20, en Commissie/Frankrijk, reeds aangehaald in voetnoot 15, punt 44.

17 — Aangehaald in voetnoot 4.

gefinancierd. Daarbij heeft het mijns inziens weinig belang of een instelling financiële middelen direct van de staat via belasting of indirect¹⁸ via bij wet vastgestelde verplichte bijdragen ontvangt.

verplichte aansluiting en bijdragebetaling garanderen de financiering van deze fondsen. De Commissie verwijst naar de informatie van het Duitse ministerie van volksgezondheid volgens welke de bijdragen 95 % van de inkomsten van de fondsen vormen.

39. Uit het bij het Hof ingediende dossier volgt dat dit argument bevestiging vindt in het feit dat in de loop van de voorgenomen hervormingen in Duitsland (tot vereenvoudiging van de inning van de bijdragen en het mechanisme voor structurele compensatie van risico's) overwogen is een nationale centrale dienst (fonds) de bijdragen te laten innen en vervolgens voor elk lid (met weging van het risico) aan de ziekenfondsen over te maken.

41. Bovendien hangt het bedrag van de bijdragen uitsluitend af van het inkomen van de verzekerde, tot aan de premiebijdragegrens. Voorts geeft de financieringswaarborg van de staat de fondsen een bijzondere positie ten opzichte van hun concurrenten (namelijk particuliere verzekeringsmaatschappijen). De verplichting prestaties te verlenen staat los van de werkelijke betaling van bijdragen. In dat opzicht vormen de diensten van de ziekenfondsen geen „specifieke tegenprestatie” voor de geboden diensten inzake gezondheid in de zin van rechtspraak van het Hof.¹⁹

40. De grote meerderheid van de Duitse bevolking (ongeveer 90 %) is zoals wettelijk vereist bij een dergelijk fonds verzekerd en

42. De verwijzende rechter maakt een onderscheid tussen de onderhavige zaak en die in de zaak *Bayerischer Rundfunk e.a.*²⁰, daar niet de staat, maar het wettelijk ziekenfonds hier het premietarief vaststelt.

18 — Zie in dit verband arrest van 17 december 1998, *Connemara Machine Turf*, C-306/97, Jurispr. blz. I-8761, punt 34. Zie bijvoorbeeld ook *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, blz. 127.

19 — Arrest *University of Cambridge*, aangehaald in voetnoot 7, punt 21.

20 — Aangehaald in voetnoot 4.

43. In dit opzicht dient in gedachten te worden gehouden dat de toeziende overheid blijkens de verwijzingsbeschikking het vastgestelde tarief moet goedkeuren. Voorts bepaalt de wet nauwkeurig hoe dit tarief moet worden berekend en dat de inkomsten niet lager of hoger dan de kosten mogen zijn. Aangezien de grote meerderheid van de te verlenen prestaties wordt vastgesteld bij wet, heeft het betrokken ziekenfonds nauwelijks directe invloed op het bedrag van de uitgaven, en dus op de hoogte van het tarief.

44. In het licht van voorgaande overwegingen ben ik dus van mening dat de ziekenfondsen voldoen aan de derde voorwaarde (eerste alternatief), aangezien zij in hoofdzaak door de staat worden gefinancierd.

45. Ik kom nu tot het tweede alternatief, namelijk de verwevendheid met de staat via toezicht. In het arrest Adolf Truley verklaarde het Hof dat het gelet op de rechtspraak „uitgesloten [is], dat aan het criterium van toezicht op het beheer is voldaan in het geval van een loutere controle achteraf, aangezien de overheid via een dergelijke controle de besluiten van de instelling ter zake van overheidsopdrachten per definitie niet kan beïnvloeden in de licht van de rechtspraak”.²¹

Zoals blijkt uit de punten 17 tot en met 19 van de onderhavige conclusie en zoals gesteld door de verwijzende rechter, is het toezicht op het beheer in het wettelijke Duitse ziekteverzekeringssstelsel niet beperkt tot „loutere controle” in de zin van die rechtspraak.

46. Het Hof bevestigde in het arrest Adolf Truley²² dat „de situatie waarbij de overheid niet alleen de jaarrekening van de betrokken instelling controleert, maar eveneens controleert of het lopende beheer cijfermatig correct, volgens de regels, spaarzaam, economisch en doelmatig wordt gevoerd”, zoals hier het geval lijkt te zijn, daarentegen wel aan het criterium van het toezicht op het beheer voldoet. De Commissie wees er terecht op dat al uit de strakheid van het rechtskader, in het bijzonder het SGB V, volgt dat is voldaan aan het criterium van toezicht op het beheer. Het SGB V regelt ook de wettelijke verhouding tussen de fondsen en de verschillende dienstverrichters als artsen, tandartsen, apothekers, enz. De wet bepaalt de taken van de ziekenfondsen, de wijze waarop zij die moeten vervullen en de wijze waarop zij zichzelf moeten financieren. Ten slotte kan de toeziende overheid rechtstreeks ingrijpen in de organisatie van de fondsen.

21 — Aangehaald in voetnoot 5, punt 70.

22 — Idem, punt 74.

47. Anders dan AOK's stelling dat niet echt sprake kan zijn van toezicht op het beheer, aangezien de autoriteiten de aanbestedingsbesluiten van de fondsen niet kunnen vernietigen, is mijns inziens hier een algemene afhankelijkheid van een aanbestedende dienst relevant en niet of er invloed is op specifieke overeenkomsten. Er dient dus niet te worden aangetoond dat het bestaande toezicht op het beheer betrekking heeft op de procedure van gunning van opdrachten.²³

48. Ik zie op verschillende punten een gelijkenis met de zaak Commissie/Frankrijk.²⁴ In de eerste plaats gaat het hier zoals in die zaak ook om een situatie waarin de activiteit van het ziekenfonds „zeer strikt is omlijnd”. In de tweede plaats blijkt ook hier, zoals het Hof in die zaak verklaarde, dat „nu de regels voor het beheer zeer gedetailleerd zijn, het gewone toezicht op de naleving daarvan op zichzelf tot gevolg [kan] hebben, dat de overheid een grote invloed krijgt”. In de derde plaats had het toezichthoudende orgaan zoals in de onderhavige zaak de bevoegdheid „om een [fonds] te ontbinden [...] en [...] om de bestuursorganen te schorsen, [het beheer zelf op zich te nemen] en een voorlopige bewindvoerder aan te wijzen”. In de vierde plaats verklaarde het Hof in voormeld arrest dat zelfs al zouden de bevoegdheden die aan de bevoegde autoriteiten worden verleend,

„inderdaad slechts uitzonderlijk worden uitgeoefend, [...] dit niettemin een permanent toezicht impliceert, aangezien alleen op die manier [...] fouten of nalatigheden [in het beheer] op het spoor kunnen worden gekomen”.

49. Ten slotte vindt het feit dat in casu aan het criterium van het toezicht op het beheer is voldaan, ook bevestiging in een door de verwijzende rechter aangehaald arrest van het Bundesverfassungsgericht²⁵, waarin het vaststelde dat in het geval van ziekenfondsen „autonoom bestuur in de zin van ruimte voor handelingen onder eigen verantwoordelijkheid slechts uitzonderlijk beperkt mogelijk is” en dat „de vaststelling onder eigen verantwoordelijkheid van statutaire en organisatorische bepalingen en bepalingen over premies en uitkeringen verboden is”.

23 — Zie Arrowsmith, S., „The Law of Public and Utilities Procurement”, Thomson, Sweet & Maxwell, Londen, 2005, blz. 260, deel 5.7. In dit verband verklaarde advocaat-generaal Alber in zijn conclusie in de zaak *University of Cambridge*, aangehaald in voetnoot 7, punt 37, dat „het Hof in de arresten *Connemara Machine Turf* en *Commissie/Ierland* voor de kwalificatie als aanbestedende dienst in Ierland inderdaad [had verlangd] dat er controle plaatsvond op de plaatsing van overheidsopdrachten voor leveringen (waarbij het overigens voldoende werd geacht dat deze controle indirect, dus zonder een uitdrukkelijk daartoe strekkende bepaling, plaatsvond)”.

24 — Aangehaald in voetnoot 15, punten 50, 52, 54 en 56.

50. Uit het voorgaande volgt dat de betrokken ziekenfondsen ook voldoen aan (het tweede alternatief van) de derde voorwaarde, aangezien zij onderworpen zijn aan staatstoezicht op het beheer.

25 — Arrest van 9 juni 2004, DVBl. 2004, 1161, 1163.

51. Derhalve zijn de Duitse ziekenfondsen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, publiek-rechtelijke instellingen, daar zij zijn opgenomen in de desbetreffende lijst in bijlage III bij richtlijn 2004/18, en hoe dan ook voldoen aan alle in de rechtspraak van het Hof voor die kwalificatie gestelde voorwaarden.

54. AOK stelt in wezen dat de relevante vraag is hoe de waarde van het bestanddeel „levering” en het bestanddeel „diensten” te bepalen, die samen een gemengde overeenkomst vormen. In een geval als het onderhavige dient, behalve de waarde, te worden bepaald welk bestanddeel „kenmerkend is voor de inhoud van de opdracht”.

B — *De tweede vraag*

52. Daar de eerste vraag bevestigend is beantwoord, wenst de verwijzende rechter met zijn tweede vraag in wezen te vernemen of de terbeschikkingstelling een „opdracht voor leveringen” of een „opdracht voor diensten” is. Het belang hiervan is dat bij kwalificatie als „opdracht voor leveringen” richtlijn 2004/18 volledig toepasselijk is.

55. De Commissie stelt in wezen dat de afbakening tussen overheidsopdrachten voor leveringen en overheidsopdrachten voor dienstverlening wordt beheerst door artikel 1, lid 2, sub d, tweede alinea, van de richtlijn, dat uitgaat van het kwantitatieve criterium van de waarde.

2. Beoordeling

1. Hoofdargumenten van partijen

53. Oymanns stelt in wezen dat de levering van goederen die individueel worden geproduceerd, in haar geheel als een levering van producten moet worden beschouwd.

56. Om te beginnen ben ik, anders dan de verwijzende rechter, van mening dat het arrest Auroux e.a.²⁶ — volgens hetwelk het onderscheid tussen een overheidsopdracht voor diensten en een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken op grond van het *hoofdvoorwerp* van de opdracht moet worden bepaald (een kwalitatief criterium) —

²⁶ — Arrest van 18 januari 2007, C-220/05, Jurispr. blz. I-385, punten 37 en 46.

geen houvast biedt om een onderscheid te maken tussen opdrachten voor leveringen en opdrachten voor diensten.

57. In dit opzicht bepaalt artikel 1, lid 2, sub d, van de richtlijn integendeel dat „een overheidsopdracht die zowel op producten als op diensten [...] betrekking heeft, [...] als een ,overheidsopdracht voor diensten’ [wordt] beschouwd indien de *waarde* van de desbetreffende diensten [(een kwantitatief criterium)] hoger is dan die van de in de opdracht opgenomen producten” (cursivering van mij).²⁷ De uitlegging dat de waarde het enige criterium is ter bepaling of de opdracht betrekking heeft op producten of diensten, vindt ook bevestiging in de tekst van artikel 22 van de richtlijn.

58. Daar de vraag van de waarde een feitelijke vraag is, moet de verwijzende rechter hierover oordelen. De algemene regel is evenwel dat de opdracht een opdracht voor leveringen is indien de waarde van de tegenprestatie voor de producten gelijk is aan of groter is dan de waarde van de diensten. Anders is de opdracht een overheidsopdracht voor diensten.²⁸

27 — Voor een zaak die zowel op producten als diensten betrekking heeft, zie bijvoorbeeld arrest van 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-8121.

28 — Zie Arrowsmith, S., aangehaald in voetnoot 23, blz. 332, deel 6.73; en Trepte, P., aangehaald in voetnoot 11, blz. 235, deel 4.107.

59. Nagegaan zal dus moeten worden hoe de productie van schoeisel op maat moet worden beschouwd in de context van de terbeschikkingstelling in het algemeen (die onder meer bestaat uit de vervaardiging van schoenen en aanverwante diensten).

60. Mij lijkt de productie van schoeisel op maat op het eerste gezicht niettemin als een bestanddeel van de terbeschikkingstelling te moeten worden beschouwd. Dienaangaande zou, aldus de verwijzende rechter, de waarde van de levering van het schoeisel blijkens een voorlopige schatting hoger zijn dan de waarde van de diensten, hoewel daarbij uitvoerig advies moet worden verstrekt. Voorts wijst de verwijzende rechter er terecht op dat overeenkomsten voor de levering van te vervaardigen consumptiegoederen krachtens artikel 1, lid 4, van richtlijn 1999/44 eveneens onder deze richtlijn vallen, ongeacht of zij betrekking hebben op standaardgoederen of goederen op maat in het kader van een specifieke opdracht (zogenaamde „niet-verwisselbare” goederen). Dit bevestigt dat de kwalificatie afhangt van de relatieve waarde van het vervaardigde schoeisel en het desbetreffende advies.

61. Bovendien merkt de Commissie terecht op dat verordening (EG) nr. 2195/2002 betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten²⁹, waarin orthopedisch schoeisel een aantal keer wordt genoemd, het

29 — Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) (PB L 340, blz. 1).

vermoeden doet ontstaan dat dit een „product” is, ook al moet ter zake advies worden verstrekt.³⁰ Ten slotte kan in de lijn van artikel 1, lid 2, sub d, tweede alinea, zelfs worden gesteld dat de overeenkomst, die in het hoofdgeding aan de orde is, een overheidsopdracht voor levering is (levering van producten, in casu, schoenen), met bijkomend een zeer bijzondere vorm van „verrichtingen tot aanpassing van het schoeisel” (diensten, in casu gedetailleerd advies over het gebruik van het product). Andere voorbeelden zijn: een overeenkomst voor een dataverwerkingssysteem, vaak omvattende hardware (producten) en software op maat of een overeenkomst voor de levering van producten (bijvoorbeeld voertuigen) en het onderhoud ervan.³¹

C — De derde vraag

63. Indien de in de tweede vraag genoemde terbeschikkingstelling als „dienst” moet worden gekwalificeerd, wenst de verwijzende rechter met zijn derde vraag in wezen te vernemen of een „concessieovereenkomst voor diensten” — te onderscheiden van een „raamovereenkomst” — van toepassing is in omstandigheden als die van het hoofdgeding. De verwijzende rechter merkt op dat bij kwalificatie als „opdracht voor diensten” naar nationaal recht bepaalde aanbestedingsrechtelijke voorschriften moeten worden toegepast, waardoor de vordering van Oymann althans gedeeltelijk zou moeten worden toegewezen, terwijl bij een kwalificatie als „concessieovereenkomst voor diensten” zij meteen moet worden afgewezen.

62. De tweede vraag moet dus aldus worden beantwoord dat de levering van waren die, wat de vorm betreft, individueel volgens de eisen van de betrokken klant zijn vervaardigd en aan hem zijn aangepast en over het gebruik waarvan de betrokken klant individueel moet worden geadviseerd, is te kwalificeren als een „opdracht voor leveringen” of als een „opdracht voor diensten”, naargelang van de in aanmerking te nemen waarde van de betrokken verrichtingen, hetgeen een feitelijke vraag is die ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.

1. Hoofdargumenten van partijen

30 — Voorts zijn dergelijke schoenen naar Duits recht „hulpmiddelen”, ongeacht of zij serieproductie of maatwerk zijn (§ 128 SGB V, categorie 31 „schoenen”).

31 — Zie Arrowsmith, S., aangehaald in voetnoot 23, blz. 331-332, deel 6.73.

64. Volgens Oymanns vormt het integrale verzorgingspakket een raamovereenkomst daar daarin alleen het kader wordt gedefini-

eerd dat geldt voor de individuele overeenkomsten — die later zullen worden gesloten — en in het bijzonder de prijs.

uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de te verlenen diensten bestaat hetzij uit uitsluitend het recht de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs”.

65. AOK stelt in wezen dat de terbeschikkingstelling in het kader van het integrale verzorgingspakket een concessieovereenkomst voor diensten vormt; de raamovereenkomst is niet van toepassing doordat het ziekenfonds — door het sluiten van zijn overeenkomst met de dienstverrichter — de controle over de rest van de procedure verliest.

68. Anderzijds wordt een „raamovereenkomst” gedefinieerd als „een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid”.

66. De Commissie stelt in wezen dat de overeenkomst tussen het ziekenfonds en een beroepsbeoefenaar een raamovereenkomst vormt.

2. Beoordeling

67. Enerzijds definieert de richtlijn een „concessieovereenkomst voor diensten” als „een overeenkomst met dezelfde kenmerken als een overheidsopdracht voor diensten met

69. Om te beginnen ben ik het met Oymanns eens dat de betrokken overeenkomst geen concessieovereenkomst voor diensten kan zijn, daar het ziekenfonds — en niet de patiënt, behalve kleine supplementen — instaat voor de beloning. In dit verband wordt verwezen naar het arrest *Parking Brixen*.³² Het integrale verzorgingspakket kan niet worden gekwalificeerd als een concessieovereenkomst voor diensten, aangezien deze laatste een overdracht van het recht om een bepaalde dienst te exploiteren inhoudt

³² — Arrest van 13 oktober 2005, C-458/03, Jurispr. blz. I-8585, punten 39 en 40.

en de concessiehouder alle of het grootste deel van het economisch risico van de exploitatie draagt. In de onderhavige zaak is de beroepsbeoefenaar niet gehouden enige dienst te verrichten alvorens een individuele overeenkomst met een verzekerde te hebben gesloten. Hij krijgt dus niet als compensatie een voorafgaand recht om een dienst te exploiteren.³³ De beroepsbeoefenaar is gehouden de dienst te verrichten op verzoek van de verzekerde zonder evenwel te kunnen onderhandelen over de prijs of zijn eigen vergoeding, die is overeengekomen met het ziekenfonds en hem door het ziekenfonds zal worden betaald. De beroepsbeoefenaar loopt dus geen enkel economisch risico in de zin van voormelde communautaire rechtspraak.

een van de kenmerken van een raamovereenkomst in de zin van artikel 1, lid 5, van de richtlijn. Ik voeg eraan toe dat zelfs wanneer de verwijzende rechter de betrokken terbeschikkingstelling als een „opdracht voor diensten” zou kwalificeren, de betrokken terbeschikkingstelling mijns inziens nog steeds als een raamovereenkomst en niet als een concessieovereenkomst voor diensten moet worden gekwalificeerd.

70. Mijns inziens kwalificeert de Commissie de overeenkomst tussen het ziekenfonds en een beroepsbeoefenaar terecht als een nagevoeg klassiek voorbeeld van een raamovereenkomst omdat daarbij de voorwaarden worden vastgesteld voor de levering en het advies voor de verrichtingen die over een bepaalde tijdsperiode moeten worden verstrekt. Alleen op basis van de daaropvolgende individuele overeenkomsten moet de beroepsbeoefenaar de schoenen leveren en moet het ziekenfonds de vergoeding betalen. Dat de beroepsbeoefenaar niet bij voorbaat weet of en in welke omvang de verzekerde gebruik zal maken van zijn diensten, is juist

71. Gelet op het voorgaande moet op de derde vraag worden geantwoord dat indien de in de tweede vraag genoemde levering van goederen als „dienst” wordt gekwalificeerd, artikel 1, lid 4, van de richtlijn — te onderscheiden van een „raamovereenkomst” in de zin van artikel 1, lid 5, van de richtlijn — aldus moet worden uitgelegd dat een levering van goederen in de vorm als aan de orde in het hoofdgeding niet als een „concessieovereenkomst voor diensten” dient te worden beschouwd.

33 — In het arrest van van 7 december 2000, Telaustria Verlag, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 30 (betreffende de eerdere richtlijn 93/38), definieert het Hof het recht om een dienst te exploiteren als een „recht [...] om [de] eigen prestatie te exploiteren”. In casu heeft de aannemer geen dure infrastructuur (lokale, personeel, uitrusting) opgezet en onderhouden die moet worden afbetaald met de beloning voor specifieke overeenkomsten.

IV — Conclusie

72. Derhalve geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Oberlandesgericht Düsseldorf te beantwoorden als volgt:

- „1) De Duitse ziekenfondsen die in het hoofdgeding aan de orde zijn, zijn publiek-rechtelijke instellingen, daar zij zijn opgenomen in de desbetreffende lijst in bijlage III bij richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, en hoe dan ook voldoen aan alle in de rechtspraak van het Hof voor die kwalificatie gestelde voorwaarden.
- 2) De levering van waren die, wat de vorm betreft, individueel volgens de eisen van de betrokken klant zijn vervaardigd en aan hem zijn aangepast en over het gebruik waarvan de betrokken klant individueel moet worden geadviseerd, is te kwalificeren als een ‚opdracht voor leveringen’ of als een ‚opdracht voor dienst’, naargelang van de in aanmerking te nemen waarde van de betrokken verrichtingen, hetgeen een feitelijke vraag is die ter beoordeling van de verwijzende rechter staat.
- 3) Indien de in de tweede vraag genoemde levering van waren als ‚dienst’ wordt gekwalificeerd, moet artikel 1, lid 4, van richtlijn 2004/18 — te onderscheiden van een ‚raamovereenkomst’ in de zin van artikel 1, lid 5, van die richtlijn — aldus worden uitgelegd dat een levering van goederen in de vorm als aan de orde in het hoofdgeding niet als een ‚concessieovereenkomst voor diensten’ dient te worden beschouwd.”