

DOMSTOLENS DOM (tredje avdelningen)
den 27 oktober 2005 *

I mål C-234/03,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, som framställdes av Audiencia Nacional (Spanien), genom beslut av den 16 april 2003 som inkom till domstolen den 2 juni 2003, i målet

Contse SA,

Vivisol Srl,

Oxigen Salud SA

mot

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud),

* Rättegångsspråk: spanska.

ytterligare deltagare i rättegången:

Air Liquide Medicinal SL,

Sociedad Española de Carburos Metálicos SA,

meddelar

DOMSTOLEN (tredje avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden A. Rosas (referent) samt domarna J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr och U. Löhmus,

generaladvokat: C. Stix-Hackl,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören M. Ferreira,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 19 januari 2005,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Contse SA, Vivisol Srl och Oxigen Salud SA, genom R. García-Palencia, och C. Urda Serrano, abogados,

- Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingresa), tidigare Instituto Nacional de la Salud (Insalud), genom M. Gómez Montes, procurador, och J-M. Pérez-Gómez, abogado,

- Spaniens regering, genom S. Ortiz Vaamonde, i egenskap av ombud,

- Österrikes regering, genom M. Fruhmänn, i egenskap av ombud,

- Europeiska gemenskapernas kommission, genom G. Valero Jordana och K. Wiedner, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

Dom

- 1 Begäran om förhandsavgörande gäller tolkningen av artiklarna 12 EG, 43 EG och följande artiklar, 49 EG och följande artiklar samt av artikel 3.2 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarande vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s.1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139).

- 2 Begäran har framställts inom ramen för en tvist mellan Contse SA (nedan kallat Contse), Vivisol Srl och Oxigen Salud SA (dessa tre utgör en tillfällig sammanslutning av företag som innehar anläggningar för syrgasproduktion i Italien och Belgien), å ena sidan, och Instituto Nacional de la Salud (förvaltningsorgan för hälso- och sjukvård i Spanien, nedan kallat Insalud), å andra sidan. De nämnda företagen har väckt talan, dels mot två av Insaluds upphandlingar om tjänster avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd i provinserna Cáceres och Badajoz, dels mot det beslut som Presidencia Ejecutiva del Insalud fattade den 10 juli 2000, enligt vilket begäran om överprövning av dessa upphandlingar avslogs.

Tillämpliga bestämmelser

- 3 I artikel 12 EG föreskrivs att, inom EG-fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördraget, skall all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden.
- 4 I artiklarna 43 EG och 49 EG fastslås var för sig etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. Dessa bestämmelser är ett särskilt uttryck för principen om icke-diskriminering.
- 5 I direktiv 92/50 återfinns också ett uttryck för samma princip i artikel 3.2, enligt vilken det framgår att de upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer.

Omständigheterna och tvisten vid den nationella domstolen

- 6 Genom två beslut av den 24 maj 2000 utlyste Insalud två upphandlingar avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd avseende provinserna Cáceres och Badajoz (nedan kallade de omtvistade upphandlingarna).

- 7 I kravspecifikationen, de särskilda administrativa föreskrifterna och de tekniska specifikationerna i dessa två offentliga upphandlingar föreskrivs dels villkor för deltagande, dels bedömningskriterier.

- 8 Villkoren för deltagande är inte föremål för bedömning och skall ovillkorligen vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudets avgivande.

- 9 I detta avseende föreskrivs att anbudsgivaren skall förfoga över åtminstone en lokal som är öppen för allmänheten minst åtta timmar om dagen, fem dagar i veckan, och med öppethållande förmiddagar och eftermiddagar i huvudstaden i den aktuella provinsen (nedan kallat villkoret för deltagande).

- 10 Det framgår av handlingarna i målet att bedömningskriterierna avser särskilda ekonomiska och tekniska egenskaper, för vilka poäng tilldelas. I detta fall, då maximalt 140 poäng kan utdelas, avser 40 poäng anbudets ekonomiska innehåll och 100 poäng anbudets tekniska innehåll.

- 11 Förutom ingivande av ett kvalitetsintyg (för vilket 20 poäng tilldelas), är de tekniska specifikationerna uppdelade i olika avdelningar: utrustning (35 poäng), tillhandahållande av tjänsten (35 poäng), information till patienten (5 poäng) och kontrollrapport om tillhandahållandet (5 poäng).
- 12 I avdelningen "utrustning", i den del som avser tillhandahållande av syrgas via behållare med gas under tryck, föreskrivs att maximalt 4,6 poäng, i förhållande till den totala årsproduktionen, skall tilldelas, om anbudsgivaren vid tidpunkten för anbudets avgivande har minst två egna syrgasfabriker belägna högs. 1 000 km från den aktuella provinsen. En halv poäng skall även tilldelas om anbudsgivaren vid tidpunkten för anbudets avgivande har dels minst en beredningsanläggning för gasbehållare, dels minst en anläggning för syrgaspåfyllning, vilka skall vara belägna i varje enskilt fall högs. 1 000 km från den aktuella provinsen.
- 13 Det framgår av avdelningen "tillhandahållande av tjänsten" att det förhållandet att anbudsgivaren vid tidpunkten för anbudets avgivande förfogar över lokaler som är öppna för allmänheten minst åtta timmar om dagen, fem dagar i veckan, och med öppethållande förmiddagar och eftermiddagar på vissa orter i den aktuella provinsen kan ge ytterligare maximalt 0,9 poäng (0,3 poäng för vardera av de tre städer som nämns i de omtvistade upphandlingarna).
- 14 Kontraktet skall tilldelas den anbudsgivare som har lämnat det anbud som har fått flest poäng. Vid samma poängantal vinner det anbud som har den bästa tekniska utvärderingen. Om det fortfarande väger jämnt vinner det företag som tidigare har tillhandahållit samma tjänst.

- 15 Klagandena i målet vid den nationella domstolen begärde överprövning av de omtvistade upphandlingarna, vilket avslogs den 10 juli 2000 genom beslut av Presidencia Ejecutiva del Insalud.
- 16 Klagandena i målet vid den nationella domstolen väckte sedan talan mot detta beslut och mot de omtvistade upphandlingarna vid Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, som ogillade talan genom dom av den 20 september 2001. Ett överklagande har inlämnats till den hänskjutande domstolen.
- 17 Klagandena i målet vid den nationella domstolen har för det första gjort gällande att vissa kriterier, som beskrivs i punkterna 8–14 i denna dom (nedan kallade de ifrågasatta kriterierna), strider mot artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG samt artikel 3.2 i direktiv 92/50 och för det andra yrkat att den hänskjutande domstolen ska ställa en tolkningsfråga till EG-domstolen avseende detta.
- 18 Insalud har gjort gällande att de ifrågasatta kriterierna i de omtvistade upphandlingarna är lagenliga, eftersom den ifrågavarande tjänstens vårdkaraktär och den särskilt sårbara patientkategori som är beroende av den medför att de behöriga myndigheterna är skyldiga att inte bara säkerställa att tjänsten kan tillhandahållas vid vilken tidpunkt som helst, utan också att beakta och utvärdera omständigheter som kan minska de risker som medföljer all mänsklig verksamhet, genom att välja det anbud som minskar dessa risker.
- 19 Under dessa omständigheter har Audiencia Nacional beslutat att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

”Utgör artiklarna 12 EG, 43 EG och följande artiklar, 49 EG och följande artiklar samt artikel 3.2 i [direktiv 92/50] hinder för att kravspecifikationen, de särskilda

administrativa föreskrifterna och de tekniska specifikationerna i offentliga upphandlingar av hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd innehåller

- 1) villkor för deltagande som innebär att företag som vill delta i upphandlingen skall förfoga över lokaler som är öppna för allmänheten i den provins, eller i den provinshuvudstad, där tjänsten skall tillhandahållas,

- 2) kriterier för tilldelning av kontrakt som [innebär att företräde skall ges till anbud som lämnats av företag som
 - a) har egna anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas belägna inom en radie av 1 000 kilometer från den provinshuvudstad där tjänsten skall tillhandahållas,

 - b) redan förfogar över lokaler som är öppna för allmänheten på vissa orter i samma provins eller

 - c) sedan tidigare har tillhandahållit tjänsten?"

Tolkningsfrågan

- 20 Frågan har ställts för att få klarhet i huruvida artiklarna 12 EG, 43 EG och 49 EG samt artikel 3.2 i direktiv 92/50 utgör hinder för att en upphandlande enhet i kravspecifikationen för en offentlig upphandling av hälsovårdstjänster avseende hemrespiratorbehandlinger och andra tekniker för andningsstöd anger dels ett villkor för deltagande enligt vilket det anbudsgivande företaget vid tidpunkten för anbudets avgivande skall förfoga över lokaler som är öppna för allmänheten i den provinshuvudstad där tjänsten skall tillhandahållas, dels bedömningskriterier för anbuden som innebär att det vid bedömningen beaktas, i form av tilldelning av tilläggspoäng, att anbudsgivaren vid nämnda tidpunkt har egna anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas belägna högs. 1 000 km från den nämnda provinsen eller lokaler öppna för allmänheten på andra angivna orter i provinsen och att företrädare skall ges till det företag som tidigare har tillhandahållit den aktuella tjänsten om flera anbud uppnår samma poängtal.
- 21 Klagandena i målet vid den nationella domstolen, Europeiska gemenskapernas kommission och den österrikiska regeringen anser att frågan skall besvaras jakande. Insalud och den spanska regeringen är av motsatt uppfattning.
- 22 Domstolen påpekar inledningsvis att målet vid den nationella domstolen, i motsats till vad den spanska regeringen har gjort gällande, förefaller gälla en tjänsteupphandling och inte ett tjänsteförvaltningskontrakt som kan betecknas som en koncession. Som Insalud påpekade vid den muntliga förhandlingen, är nämligen den spanska förvaltningen ansvarig för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten. Denna omständighet, som innebär att det inte sker övergång av de risker som är förenade med tillhandahållandet av den aktuella tjänsten, och omständigheten att den spanska hälso- och sjukvårdsförvaltningen betalar ersättning för tjänsten stödjer denna slutsats. Det ankommer emellertid på den hänskjutande domstolen att undersöka att så verkligen är fallet.

- 23 Med hänsyn till att den hänskjutande domstolens frågor inriktar sig på fördragets grundläggande regler är det som anförs nedan under alla omständigheter av intresse för denna domstol, även om det är fråga om en allmännyttig koncession som inte omfattas av direktiv 92/50. Det är nämligen mot bakgrund av primärrätten och närmare bestämt av de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget som gemenskapsrättens betydelse avseende tilldelning av sådana koncessioner skall prövas (se bland annat dom av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, Coname, REG 2005, s. I-7287, punkt 16).
- 24 Dessa grundläggande regler, som den hänskjutande domstolen har hänvisat till, är av två slag. Det gäller dels artikel 43 EG och följande artiklar, vilka rör etableringsfriheten, dels artikel 49 EG och följande artiklar, vilka rör friheten att tillhandahålla tjänster.
- 25 Det skall påpekas, såsom samtliga som har inkommit med yttrande till domstolen har gjort, att — om det bortses från artikel 46 EG — nationella åtgärder som kan utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget skall, i enlighet med fast rättspraxis, uppfylla fyra villkor för att vara förenliga med artiklarna 43 EG och 49 EG. De skall tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de skall motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de skall vara ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås, och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (se dom av den 31 mars 1993 i mål C-19/92, Kraus, REG 1993, s. I-1663, punkt 32, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-167, av den 30 november 1995 i mål C-55/94, Gebhard, REG 1995, s. I-4165, punkt 37, och av den 6 november 2003 i mål C-243/01, Gambelli m.fl., REG 2003, s. I-13031, punkterna 64 och 65).
- 26 De ifrågasatta kriterierna i de omtvistade upphandlingarna skall följaktligen undersökas för att kontrollera om dessa delar kan hindra eller göra det mindre

attraktivt för företag som inte är etablerade i Spanien att utöva de grundläggande friheter som föreskrivs i fördraget.

- 27 Eftersom sådana kriterier inte utgör hinder för att etablera företag i Spanien skall det för det första fastslås att det inte föreligger någon begränsning av etableringsfriheten i förevarande fall.
- 28 Det skall för det andra undersökas om de nämnda kriterierna utgör en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster.
- 29 I detta avseende är det ostridigt att Insalud är huvudmottagaren av tjänsterna i fråga, eftersom den offentliga sektorn står för 90 procent av alla förfrågningar om hemrespiratorbehandlingar. Det är därför riktigt, såsom kommissionen har framhållit, att villkoret för deltagande medför en rad utgifter för företagen som de endast kan få tillbaka om kontraktet tilldelas dem, vilket får till följd att det blir väsentligt mindre attraktivt att lämna anbud. Detsamma gäller bedömningskriteriet enligt vilket tilläggspoäng beviljas om en lokal redan finns i de städer som anges i upphandlingen.
- 30 Avseende bedömningskriterierna för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas, är det uppenbart att de kan hindra ett företag från att lämna anbud, om företaget inte redan förfogar över sådana egna anläggningar som är belägna inom den föreskrivna radien på 1000 km.

- 31 Slutligen kan den omständigheten att det i sista hand avgörs till fördel för det företag som redan är etablerat på den ifrågavarande spanska marknaden, då två anbudsgivare har samma poängantal, göra det mindre attraktivt för alla andra företag att lämna anbud, särskilt eftersom marknaden är så enhetlig.
- 32 Det framgår nämligen av handlingarna i målet att den spanska marknaden för medicinsk gas kontrolleras till 97 procent av fyra multinationella företag. Som Contse oemotsagt har hävdad, kan det inte finnas så stora skillnader mellan anbudsgivarna i fråga om antalet tilldelade poäng för tekniska aspekter, eftersom alla anbudsgivare använder liknande teknisk utrustning, som endast tillverkas av två eller tre företag.
- 33 Det kan följaktligen fastslås att samtliga av de ifrågasatta kriterierna i de omtvistade upphandlingarna kan utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva friheten att tillhandahålla tjänster, såsom den garanteras i fördraget. Det skall därför prövas huruvida vart och ett av de ifrågasatta kriterierna uppfyller de fyra villkor som framgår av den rättspraxis som anges i punkt 25 i förevarande dom.
- 34 Inom ramen för kompetensfördelningen mellan gemenskapsdomstolarna och de nationella domstolarna är det emellertid den nationella domstolens uppgift att undersöka om dessa villkor är uppfyllda i det mål som är anhängigt vid den. Domstolen kan förvisso, när den avger ett förhandsavgörande, i förekommande fall bidra med preciseringar för att vägleda den nationella domstolen i dess tolkning (se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 oktober 2002 i mål C-79/01, Payroll m. fl., REG 2002, s. I-8923, punkterna 28 och 29). För detta ändamål och som svar på den hänskjutande domstolens frågor, ankommer det på denna att beakta de omständigheter som anges i följande punkter.

Villkoret för deltagande

- 35 För det första skall den nationella åtgärden tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt.
- 36 I detta hänseende följer det av domstolens rättspraxis att principen om likabehandling, som artikel 49 EG är ett särskilt uttryck för, förbjuder inte enbart öppen diskriminering grundad på nationalitet utan även alla former av dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, faktiskt leder till samma resultat (se dom av den 29 oktober 1980 i mål 22/80, Boussac Saint-Frères, REG 1980, s. 3427, punkt 9, svensk specialutgåva, volym 5, s. 419, och av den 5 december 1989 i mål C-3/88, kommissionen mot Italien, REG 1989, s. I-4035, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 10, s. 269).
- 37 Även om villkoret för deltagande tillämpas utan åtskillnad på alla företag som avser att delta i den aktuella upphandlingen, ankommer det emellertid på den nationella domstolen att undersöka huruvida detta villkor lättare kan uppfyllas av spanska näringsidkare än av näringsidkare som är etablerade i en annan medlemsstat. Om så är fallet strider detta villkor mot icke-diskrimineringsprincipens tillämpning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkt 71).
- 38 Det är emellertid av vikt att understryka att eftersom det inte föreligger några begränsningar av etableringsfriheten, torde villkoret att förfoga över en lokal som är öppen för allmänheten i den provinshuvudstad där tjänsten skall tillhandahållas inte i sig utgöra ett betydande hinder för utländska näringsidkare.

- 39 För det andra skall den nationella åtgärden motiveras av hänsyn till ett tvingande allmänintresse.
- 40 I förevarande fall är det uppenbart att villkoret för deltagande, liksom de övriga ifrågasatta kriterierna i de omtvistade upphandlingarna, syftar till att bättre säkra skyddet för patienternas liv och hälsa.
- 41 För det tredje och för det fjärde skall den nationella åtgärden vara ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och den får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.
- 42 På denna punkt anser kommissionen och Contse att villkoret att vid tidpunkten för anbudets avgivande förfoga över en lokal som är öppen för allmänheten i huvudstaden i den ifrågavarande provinsen inte är nödvändigt för att uppnå det ovan angivna målet att bättre säkra skyddet för patienternas liv och hälsa. Insalud anser tvärtom att förekomsten av en sådan lokal bidrar till att uppnå detta mål.
- 43 Även om man antar att förekomsten av en sådan lokal kan anses lämplig för att säkra patienternas hälsa, anser domstolen att kravet på att inneha en sådan vid anbudets avgivande är uppenbart oproportionerligt.
- 44 Det saknas nämligen skäl att godta den spanska regeringens argument att en lokal som är öppen för allmänheten kan likställas med all annan utrustning som är

nödvändig för att tillhandahålla tjänsten, vilket den har motiverat med att syftet med en upphandling är att undersöka vilka företag som redan förfogar över nödvändiga medel för att tillhandahålla tjänsten i fråga.

- 45 I detta avseende anser kommissionen med rätta att en sådan lokal inte är en nödvändig del av tillhandahållandet av den aktuella tjänsten. Enligt minimivillkoren krävs nämligen redan att en teknisk supporttjänst som är tillgänglig 24 timmar om dygnet, sju dagar i veckan, upprättas. Härigenom säkerställs, med åtgärder som inskränker friheten att tillhandahålla tjänster i mindre omfattning, att det mål som eftersträvas i förevarande fall, det vill säga att patienternas liv och hälsa inte utsätts för fara vid problem med driften eller användningen av utrustningen, i första hand uppnås.
- 46 För övrigt föreskrivs, som Contse har påpekat, en övergångsperiod under vilken företaget som redan tillhandahåller tjänsten i fråga överläter förvaltningen av tjänsten till den nya kontraktssinnehavaren om så behövs, för att säkra att patientvården fortgår oavbrutet. Det skall understrykas att den nya kontraktssinnehavaren i ett sådant fall skall betala ersättning till företaget som fortsätter att tillhandahålla tjänster i enlighet med ett system som föreskrivs i de särskilda administrativa föreskrifterna i upphandlingen. Ersättningen ökar för varje månad till och med den tredje månaden från kontraktstilldelningen. Om den nya kontraktssinnehavaren fortfarande inte har övertagit samtliga nödvändiga tjänster, kan avtalet upphävas.

Bedömningskriterierna

- 47 Domstolen konstaterar inledningsvis att det visserligen är riktigt att direktiv 92/50 uppenbarligen är tillämpligt på de omtvistade upphandlingarna. Den i förevarande mål aktuella tjänsten återfinns emellertid i bilaga I B i detta direktiv. Enligt artikel 9 i direktivet är endast artiklarna 14 och 16 samt de allmänna bestämmelserna i

avdelning I, där artikel 3.2, som den nationella domstolen har hänvisat till ingår, och slutbestämmelserna i avdelning VII tillämpliga på sådana tjänster. Den nämnda artikel 14 avser gemensamma bestämmelser på det tekniska området, och den nämnda artikel 16 avser meddelande om resultatet av tilldelningsförfarandet.

- 48 För att ge ett användbart svar till den nationella domstolen, skall det följaktligen understrykas att de ifrågasatta kriterierna i de omtvistade upphandlingarna i vart fall inte omfattas av kapitel 3, med rubriken "Kriterier för tilldelning av kontrakt", i avdelning VI i direktiv 92/50, och de begränsningar som stadgas där.
- 49 Domstolen erinrar dessutom om att bedömningskriterierna, liksom alla nationella åtgärder, skall följa icke-diskrimineringsprincipen såsom den följer av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster och om att begränsningarna av denna frihet i sin tur skall uppfylla de fyra villkor som framgår av den rättspraxis som anges i punkt 25 i förevarande dom.
- 50 Som anförts i punkt 34 i förevarande dom, ankommer det på den nationella domstolen att kontrollera att dessa villkor är uppfyllda i det målet som är anhängigt vid den, varvid den skall beakta de omständigheter som anges i följande punkter.
- 51 När det för det första gäller den icke-diskriminerande tillämpningen av det kriterium enligt vilket tilläggspoäng tilldelas om anbudsgivaren förfogar över lokaler som är öppna för allmänheten i vissa städer i provinsen där tjänsten skall tillhandahållas, framgår det, såsom anförts ovan angående villkoret för deltagande, att detta kriterium i sig tillämpas på samma sätt på alla företag som vill lämna anbud.

- 52 Som har anförts i punkt 40 i förevarande dom, är det vidare ostridigt att samtliga de ifrågasatta kriterierna i de omtvistade upphandlingarna har införts i upphandlingarna för att bättre säkra patienternas liv och hälsa. Insalud har dessutom förklarat att dessa kriterier närmare bestämt syftar till att åtgärda problem med syrgasförsörjning och med driften av utrustningen samt att säkra att den ifrågavarande tjänsten tillhandahålls på ett riktigt sätt utan onödiga förseningar eller skador för patienten.
- 53 Det skall sedan undersökas om det nämnda kriteriet är ägnat att uppnå detta mål, men inte går längre än vad som är nödvändigt i detta avseende.
- 54 I detta avseende har kommissionen upprepat sina argument i fråga om villkoret för deltagande, nämligen att villkoret att förfoga över dessa lokaler innan kontraktet genomförs är onödigt och oproportionerligt. Contse har för sin del medgett att ett sådant kriterium, med beaktande av syftet att hjälpa patienterna, skulle kunna överensstämma med det eftersträlvade målet, men anser att det för att uppnå detta mål hade räckt med att helt enkelt införa en avtalsförpliktelse om att sådana lokaler skall upprättas för det fall upphandlingen tilldelas. Varken Insalud eller den spanska regeringen har yttrat sig särskilt om detta bedömningskriterium.
- 55 Som har anförts i punkt 43 i förevarande dom, är kravet på att inneha sådana lokaler vid anbudets avgivande uppenbart oproportionerligt, även om man antar att den omständigheten att sådana lokaler finns kan anses ägnad att säkra patienternas hälsa. Detta gäller än mer då det i enlighet med minimivillkoren redan krävs, såsom anförts i punkt 45 i förevarande dom, att en teknisk supportservice upprättas.

- 56 Avseende bedömningskriterierna om innehav av vissa anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas som är belägna inom en radie av 1 000 km från provinsen där tjänsten skall tillhandahållas, skall det undersökas om dessa, trots att de är tillämpliga utan åtskillnad på samtliga företag, i själva verket särskilt kan komma att gynna dem som redan är etablerade i Spanien.
- 57 Till skillnad från villkoret att förfoga över en lokal, som till sitt innehåll skulle kunna uppfyllas i många fall, rent av varje gång som det är nödvändigt på grund av att ett kontrakt skall tilldelas, kräver nämligen villkoret att anbudsgivaren skall äga tillverknings-, berednings- eller påfyllningsanläggningar en mycket större investering, som oftast bara görs en gång. Det sistnämnda kriteriets innehåll innebär att det inte är lätt att uppfylla det om inte sådana anläggningar redan finns på plats. Omständigheten att det inte endast krävs att det anbudsgivande företaget skall ha tillgång till sådana anläggningar, utan att det skall äga dem förstärker uppfattningen att kriteriet i själva verket syftar till att gynna varaktighet.
- 58 Härav följer att endast de företag som redan äger sådana anläggningar i Spanien, eller utanför denna stat, men inom ett avstånd på 1 000 km från den ifrågavarande provinsen, kan komma att få tilldelat sig de poäng som följer av dessa kriterier.
- 59 Härtill kommer att även om det geografiska område som ligger inom en radie på 1 000 km från de aktuella provinserna, det vill säga Cáceres och Badajoz, innefattar, förutom Spanien, hela Portugal, innefattar det endast en del av Frankrike och utesluter nästan alla medlemsstater, vilket innebär att anläggningar som är belägna — som i förevarande fall — i Belgien eller i Italien hamnar utanför den föreskrivna radien.

- 60 Som har anförts i punkt 37 i förevarande dom, strider ett villkor mot icke-diskrimineringsprincipens tillämpning, om den nationella domstolen anser att det lättare kan uppfyllas av spanska näringsidkare än av näringsidkare som är etablerade i en annan medlemsstat (se domen i det ovannämnda målet Gambelli m.fl., punkt 71).
- 61 Domstolen anser under alla omständigheter att även om leveranssäkerhet kan utgöra ett av de villkor som skall beaktas för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för en tjänst som den som det är fråga om i tvisten vid den nationella domstolen, som syftar till att skydda människors liv och hälsa genom att föreskriva en egen och varierad produktion nära förbrukningsorten (se analogt dom av den 28 mars 1995 i mål C-324/93, Evans Medical och Macfarlan Smith, REG 1995 s. I-563, punkt 44), förefaller dessa villkor i förevarande fall inte vara anpassade till det eftersträvade målet i flera avseenden.
- 62 Det kan inledningsvis konstateras att även om den spanska regeringen med rätta har framhållit att varje val av avstånd eller transporttid är godtyckligt, framstår kriteriet på 1000 km som har valts i detta fall som olämpligt för att säkra att det aktuella målet uppnås.
- 63 För det första har den spanska regeringen inte anført någon omständighet till stöd för sitt resonemang att förseningsriskerna, som ökar i proportion till avståndet som skall tillryggaläggas, är mindre tack vare den kontroll som myndigheterna i denna medlemsstat kan utöva om ett problem uppkommer inom dess territorium. Detta resonemang kan således inte godtas.
- 64 För det andra är inte radien på 1 000 km lämplig för att uppnå det eftersökta syftet, eftersom den överskrider den spanska gränsen. Detta gäller även om man antar att överskridandet av Europeiska gemenskapens inre gränser medför de förseningar som den spanska regeringen befarar.

- 65 Vidare har kommissionen påpekat dels att den syrgas som framställs i produktionsanläggningarna levereras till förgasningscentralerna för att fyllas i flaskor, dels att det i dessa centraler finns ett säkerhetslager med tillräckligt med fulla flaskor för att säkerställa syreproduktionen under mins. 15 dagar om en skada, ett tekniskt avbrott eller ett nödfall skulle inträffa.
- 66 Härav följer, såsom också Contse har anfört, att närheten till produktionsanläggningarna inte säkrar att målet om leveranssäkerhet uppnås. Det ankommer på den nationella domstolen att undersöka huruvida det förhåller sig på annat sätt med anläggningarna för beredning och påfyllning av syrgas.
- 67 Den av företagen godtagna praxisen bekräftar för övrigt att det finns åtgärder som i mindre omfattning begränsar friheten att tillhandahålla tjänster för att uppnå det eftersträvade målet om säker tillgång på medicinsk gas nära konsumtionsorten. Som kommissionen och Contse har anfört består dessa åtgärder i att genom tilldelning av extrapoäng främja användandet av lagerlokaler med ett lager av gas som vid behov under en bestämd tid kan ersätta eventuella avbrott eller förändringar i transporten från anläggningarna för produktion och påfyllning.
- 68 Avslutningsvis kan det konstateras, i den mån kommissionen och Contse har anmärkt på att det läggs så stor vikt vid att produktionsanläggningarna skall ägas, att de upphandlande myndigheterna inte endast är fria att välja kriterier för tilldelningen av kontraktet, utan även att bestämma viktningen av dessa, såvida en samlad utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (se för ett liknande resonemang, dom av den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom, REG 2003, s. I-14527, punkt 39). Det förhållandet att tjänsten i fråga omfattas av bilaga I B i direktiv 92/50, vilket skulle kunna vara fallet i de nu aktuella upphandlingarna, och därigenom omfattas av ett mindre restriktivt system för offentlig upphandling, föranleder ingen annan bedömning.

- 69 Domstolen konstaterar emellertid att villkoret avseende produktionsanläggningarna i målet vid den nationella domstolen varken avser tjänsten som upphandlingen gäller, det vill säga tillhandahållande av syrgasbehandlingar i hemmet, eller ens mängden gas som skall tillverkas, utan den avser den högsta produktionskapaciteten vid de anläggningar som anbudsgivaren äger, eftersom tilläggspoäng tilldelas varje gång ett av de tre tröskelvärdena för den totala årliga produktionen uppnås.
- 70 Således kan inte bedömningskriterierna, vilka i detta fall rör tilldelning av tilläggspoäng för en allt större produktion, anses ha ett samband med målet med kontraktet och än mindre vara lämpliga för att säkra dess genomförande (se analogt domen i det ovannämnda målet EVN och Wienstrom, punkt 68).
- 71 Slutligen konstaterar domstolen att anbudsgivarnas förmåga att leverera största möjliga varumängd inte får användas som tilldelningskriterium. Detta gäller även om man utgår ifrån att de nu aktuella bedömningskriterierna har tillkommit efter en önskan att garantera leveranssäkerheten och att de därmed är knutna till det mål som eftersträvas i de omtvistade upphandlingarna och lämpade att uppnå detsamma (se för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet EVN och Wienstrom, punkt 70).
- 72 I detta avseende skall det påminnas om att det föreskrivs i de omtvistade upphandlingarna, som villkor för att lämna anbud, att det anbudsgivande företaget skall ha mer än en produktions- och påfyllningsanläggning och att det skall kunna tillverka mins. 400 000 kubikmeter per år, inom ramen för upphandlingen avseende provinsen Cáceres, och 550 000 kubikmeter per år inom ramen för den som avser provinsen Badajoz. Det framgår av handlingarna i målet att dessa värden motsvarar vardera omkring 75 respektive 80 procent av den beräknade förbrukningen för det första året för det aktuella kontraktet.

- 73 Det skall dessutom påpekas att det första av de tre tröskelvärdena som föreskrivs i de omtvistade upphandlingarna, nämligen en total årsproduktion, för vart och ett av kontrakten, på mins. 800 000 kubikmeter respektive 1 000 000 kubikmeter, vars överskridande i båda fallen leder till tilldelandet av 1,3 poäng, motsvarar en volym som överskrider den totala beräknade förbrukningen för det fjärde och sista året för kontraktet i fråga. En total årsproduktionskapacitet på en sådan nivå skulle således vid behov kunna anses vara nödvändigt för att uppnå det i punkt 71 i förevarande dom angivna målet att garantera leveranssäkerheten.
- 74 De nu aktuella bedömningskriterierna går emellertid utöver detta behov. Ytterligare 1,3 poäng tilldelas nämligen om ett tröskelvärde för den totala årsproduktionen på mins. 1 200 000 kubikmeter respektive 1 500 000 kubikmeter överskrids. Vidare tilldelas 2 tilläggs-poäng om denna produktion uppgår till mins. 1 600 000 respektive 2 000 000 kubikmeter.
- 75 Det är viktigt att notera att dessa sistnämnda värden, som motsvarar det tredje tröskelvärdet för den totala årsproduktionen, vart och ett utgör det dubbla av det första tröskelvärdet, som anges i punkt 73 i förevarande dom.
- 76 Av detta följer att de bedömningskriterier som används i förevarande fall avseende tilldelning av tilläggs-poäng vid överskridande av de andra och tredje tröskelvärdena för årsproduktionen inte är förenliga med gemenskapsbestämmelserna på detta område, eftersom ett maximalt antal poäng tilldelas de anbudsgivare som har en produktionskapacitet som vida överstiger den beräknade förbrukningen inom ramen för de omtvistade upphandlingarna, trots att det första tröskelvärdet redan verkar väl avvägt för att garantera, så långt det är möjligt, en säker tillgång till gas (se analogt domen i det ovannämnda målet EVN och Wienstrom, punkt 71).
- 77 När det slutligen gäller hur två anbudsgivare med samma poängantal skall skiljas åt, är det använda bedömningskriteriet endast tillämpligt när två anbud med samma

poängantal har uppnått lika många poäng, inte bara totalt sett utan också med avseende på de tekniska aspekterna, varvid företräde skall ges till den som tidigare tillhandahöll tjänsten.

1

78 De villkor som skall vara uppfyllda, som det redogjorts för ovan, gäller även för ett sådant kriterium. Det är emellertid diskriminerande att automatiskt och slutgiltigt avgöra till förmån för den näringsidkare som redan befinner sig på marknaden i fråga.

79 Det följer av det ovan anförda att artikel 49 EG utgör hinder för att en upphandlande enhet, i kravspecifikationen för en offentlig upphandling av hälsovårdstjänster avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd, anger dels ett villkor för deltagande enligt vilket det anbudsgivande företaget vid tidpunkten för anbudets avgivande skall förfoga över lokaler som är öppna för allmänheten i den provinshuvudstad där tjänsten skall tillhandahållas, dels bedömningskriterier för anbuderna som innebär att det vid bedömningen beaktas, i form av tilldelning av tilläggs-poäng, att anbudsgivaren vid nämnda tidpunkt har egna anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas belägna högs. 1 000 km från den nämnda provinsen eller lokaler öppna för allmänheten på andra angivna orter i provinsen och att företräde skall ges till det företag som tidigare har tillhandahållit den aktuella tjänsten, om flera anbud uppnår samma poängtal. Detta gäller i den mån dessa villkor tillämpas på ett diskriminerande sätt, inte motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, inte är ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås eller går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål, vilket det ankommer på den nationella domstolen att undersöka.

Rättegångskostnader

80 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttranden till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

På dessa grunder beslutar domstolen (tredje avdelningen) följande dom:

Artikel 49 EG utgör hinder för att en upphandlande enhet, i kravspecifikationen för en offentlig upphandling av hälsovårdstjänster avseende hemrespiratorbehandlingar och andra tekniker för andningsstöd, anger dels ett villkor för deltagande enligt vilket det anbudsgivande företaget vid tidpunkten för anbudets avgivande skall förfoga över lokaler som är öppna för allmänheten i den provinshuvudstad där tjänsten skall tillhandahållas, dels bedömningskriterier för anbuden som innebär att det vid bedömningen beaktas, i form av tilldelning av tilläggspoäng, att anbudsgivaren vid nämnda tidpunkt har egna anläggningar för tillverkning, beredning och påfyllning av syrgas belägna högs. 1 000 km från den nämnda provinsen eller lokaler öppna för allmänheten på andra angivna orter i provinsen och att företräde skall ges till det företag som tidigare har tillhandahållit den aktuella tjänsten, om flera anbud uppnår samma poängtal. Detta gäller i den mån dessa villkor tillämpas på ett diskriminerande sätt, inte motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, inte är ägnade att säkerställa att det mål som eftersträvas med dem uppnås eller går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål, vilket det ankommer på den nationella domstolen att undersöka.

Underskrifter