

CONTSE A DALŠÍ

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (třetího senátu)

27. října 2005*

Ve věci C-234/03,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 234 ES, podaná rozhodnutím Audiencia Nacional (Španělsko) ze dne 16. dubna 2003, došlým Soudnímu dvoru dne 2. června 2003, v řízení

Contse SA,

Vivisol Srl,

Oxigen Salud SA

proti

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

* Jednací jazyk: španělština.

za přítomnosti:

Air Liquide Medicinal SL,

Sociedad Española de Carburos Metálicos SA,

SOUDNÍ DVŮR (třetí senát),

ve složení A. Rosas (zpravodaj), předseda senátu, J. Malenovský, J.-P. Puissochet,
S. von Bahr a U. Löhmus, soudci,

generální advokátka: C. Stix-Hackl,
vedoucí soudní kanceláře: M. Ferreira, vrchní rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 19. ledna 2005,

s ohledem na vyjádření předložená:

— za Contse SA, Vivisol Srl a Oxigen Salud SA R. García-Palenciou a C. Urda
Serranem, abogados,

- za Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), původně Instituto Nacional de la Salud (Insalud), M. Gómezem Montesem, procurador, a J.-M. Pérez Gómezem, abogado,

- za španělskou vládu S. Ortiz Vaamondem, jako zmocněncem,

- za rakouskou vládu M. Fruhmannem, jako zmocněncem,

- za Komisi Evropských společenství G. Valero Jordanou a K. Wiednerem, jako zmocněnci,

s přihlédnutím k rozhodnutí, přijatému po vyslechnutí generální advokátky, rozhodnout věc bez stanoviska,

vydává tento

Rozsudek

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu článků 12 ES, 43 ES a následujících, 49 ES a následujících, jakož i čl. 3 odst. 2 směrnice Rady 92/50/EHS ze dne 18. června 1992 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na služby (Úř. věst. L 209, s. 1; Zvl. vyd. 06/01, s. 322).

- 2 Projednávaná žádost byla podána v rámci sporu mezi Contse SA (dále jen „Contse“), Vivisol Srl a Oxigen Salud (všechny tři tvoří dočasné seskupení podniků vlastních zařízení pro výrobu kyslíku v Itálii a Belgii) a Instituto Nacional de la Salud (Národní institut zdraví, dále jen „Insalud“). Uvedené žalobkyně podaly žalobu jednak proti dvěma zadávacím řízením vyhlášeným posledně uvedeným týkajícím se veřejné zakázky na služby domácí respirační léčby a další metody asistované ventilace na území provincií Cáceres a Badajoz, a jednak proti rozhodnutí Presidencia Ejecutiva Insalud ze dne 10. července 2000, kterým byly zamítnuty stížnosti podané proti těmto zadávacím řízením.

Právní rámec

- 3 Článek 12 ES stanoví, že v rámci použití Smlouvy ES, aniž jsou dotčena její zvláštní ustanovení, je zakázána jakákoliv diskriminace na základě státní příslušnosti.
- 4 Články 43 ES a 49 ES zakotvují svobodu usazování a volný pohyb služeb. Tato ustanovení jsou konkrétním výrazem zásady nediskriminace.
- 5 Směrnice 92/50 ve svém čl. 3 odst. 2 obsahuje rovněž výraz téže zásady, když upřesňuje, že zadavatelé zajistí, aby nedocházelo k diskriminaci jednotlivých poskytovatelů služeb.

Skutkový stav a spor v původním řízení

- 6 Dvěma rozhodnutími ze dne 24. května 2000 Insalud vyhlásil zadávací řízení týkající se veřejné zakázky na poskytování služeb domácí respirační léčby a dalších metod asistované ventilace na území provincií Cáceres a Badajoz (dále jen „sporná zadávací řízení“).
- 7 Zadávací dokumentace, zvláštní administrativní doložky a technické specifikace těchto dvou zadávacích řízení stanovily jednak podmínky účasti, a jednak kritéria hodnocení.
- 8 Podmínky účasti, které nejsou předmětem žádného posouzení, musí být povinně splněny v době podání nabídky.
- 9 V tomto ohledu je stanoveno, že uchazeč o veřejnou zakázku musí mít alespoň jednu kancelář otevřenou pro veřejnost, přístupnou přinejmenším osm hodin denně, dopoledne a odpoledne, pět dní v týdnu, v hlavním městě dotyčné provincie (dále jen „podmínka účasti“).
- 10 Ze spisu vyplývá, že se kritéria hodnocení týkají určitých ekonomických a technických charakteristik, kterým jsou přidělovány body. V projednávané věci může být uděleno nejvýše 140 bodů, přičemž 40 bodů se vztahuje k ekonomickému aspektu nabídky a 100 bodů se týká kritérií technického hodnocení nabídky.

- 11 Vedle předložení osvědčení jakosti (za které se přidělí 20 bodů) jsou technické specifikace rozděleny do jednotlivých oddílů: vybavení (35 bodů), poskytování služby (35 bodů), informace pro pacienta (5 bodů) a zpráva o kontrole poskytování (5 bodů).
- 12 V oddílu „Vybavení“ v části týkající se dodávky kyslíku v tlakových lahvích je stanoveno, že se přidělí maximální počet 4,6 bodů, definovaných v závislosti na celkové roční výrobě, v případě, že uchazeč o veřejnou zakázku vlastní v době podání nabídek nejméně dvě zařízení na výrobu kyslíku, která se nacházejí maximálně 1 000 km od dotyčné provincie. Půl bodu se rovněž přidělí, pokud v době podání nabídek existuje jednak nejméně jedno zařízení pro úpravu tlakových lahví, a jednak nejméně jedno zařízení pro plnění kyslíku, přičemž uvedená zařízení musí patřit uchazeči a musí se v každém případě nacházet maximálně 1 000 kilometrů od dotyčné provincie.
- 13 Podle oddílu „Poskytování služeb“ může existence kanceláří otevřených pro veřejnost, přístupných nejméně osm hodin denně, dopoledne a odpoledne, pět dnů v týdnu, v určitých místech dotyčné provincie v době podání nabídek vést k přidělení nejvýše 0,9 dodatečného bodu (0,3 bodu za každé ze tří měst uvedených ve sporných zadávacích řízeních).
- 14 Zakázka se zadá uchazeči o veřejnou zakázku, který podal nabídku, jež obdržela nejvíc bodů. V případě rovnosti bodů ji získá nabídka, která má nejlepší technické hodnocení. Pokud rovnost přetrvává, výběr se provede ve prospěch podniku, který již stejnou službu poskytoval.

- 15 Žalobkyně v původním řízení podaly proti sporným zadávacím řízením stížnosti, které byly dne 10. července 2000 zamítnuty rozhodnutím Presidencia Ejecutiva Insalud.
- 16 Poté žalobkyně v původním řízení podaly proti tomuto rozhodnutí, jakož i proti sporným zadávacím řízením žalobu k Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo v Madridu, který ji zamítl dne 20. září 2001. K předkládajícímu soudu bylo podáno odvolání.
- 17 Žalobkyně v původním řízení jednak tvrdí, že některé prvky sporných zadávacích řízení popsané v bodech 8 až 14 tohoto rozsudku (dále jen „napadené prvky“) porušují články 12 ES, 43 ES a 49 ES, jakož i čl. 3 odst. 2 směrnice 92/50, a jednak navrhy, aby předkládající soud položil Soudnímu dvoru k tomuto bodu předběžnou otázku.
- 18 Insalud tvrdí, že napadené prvky sporných zadávacích řízení jsou legální, jelikož zdravotní povaha dotčené služby, jakož i kategorie obzvláště zranitelných pacientů, kteří jsou na ní závislí, ukládá příslušným orgánům nejen vždy zajistit poskytování služby, nýbrž rovněž vzít v úvahu a zhodnotit okolnosti, které mohou zmenšit rizika vlastní každé lidské činnosti tím, že upřednostní nabídku, která uvedená rizika minimalizuje.
- 19 Za těchto podmínek se Audiencia Nacional rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžnou otázku:

„Zakazují články 12 ES, 43 ES a následující, 49 ES a následující, jakož i čl. 3 odst. 2 [směrnice 92/50] stanovit v zadávací dokumentaci, ve zvláštních administrativních

doložkách a v technických popisech, které upravují zadávací řízení týkající se veřejné zakázky na služby domácí respirační léčby a dalších metod asistované ventilace,

- 1) podmínky účasti, které podnikům, které hodlají podat nabídku, ukládají, aby již měly prostory otevřené pro veřejnost v provincii nebo v hlavním městě provincie, ve které má být služba poskytována, a

- 2) kritéria zadání zakázky, která [zvyhodňují nabídky podané podniky,
 - a) které mají vlastní zařízení pro výrobu, úpravu a plnění kyslíku, nacházející se v okruhu 1 000 km kolem hlavního města provincie, kde služba bude poskytována],

 - b) které již mají kanceláře otevřené pro veřejnost v určitých místech též provincie nebo

 - c) které již službu poskytují?“

Předběžná otázka

- 20 Podstatou předběžné otázky předkládajícího soudu je, zda články 12 ES, 43 ES a 49 ES, jakož i čl. 3 odst. 2 směrnice 92/50 brání tomu, aby zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky na poskytování zdravotních služeb domácí respirační léčby a dalších metod asistované ventilace stanovil jednak podmínku účasti, která ukládá uchazeči, aby měl v době podání nabídky kancelář otevřenou pro veřejnost v hlavním městě provincie, kde bude služba poskytována, a jednak kritéria hodnocení nabídky, která přidělením dodatečných bodů berou v úvahu, zda ve stejné době existovala vlastní zařízení pro výrobu, úpravu a plnění kyslíku, nacházející se maximálně 1 000 km od uvedené provincie nebo kanceláře otevřené pro veřejnost v jiných určených místech uvedené provincie a která, v případě rovnosti bodů mezi více nabídkami, upřednostňují podnik, který již dotčenou službu poskytoval.
- 21 Žalobkyně v původním řízení, Komise Evropských společenství a rakouská vláda, navrhuji odpovědět na tuto otázku kladně. Insalud a španělská vláda podporují opačnou tezi.
- 22 Úvodem je třeba uvést, že věc v původním řízení se v rozporu s tím, co tvrdí španělská vláda, zřejmě týká veřejné zakázky na služby, a nikoliv smlouvy o zajišťování poskytování služeb kvalifikované jako koncese. Jak to uvedl Insalud při jednání, španělská správa totiž zůstává odpovědná za veškerou škodu utrpěnou z důvodu nezajištění této služby. Tato skutečnost, která znamená, že nedošlo k převodu rizik spojených s poskytováním dotčené služby, a skutečnost, že je služba hrazena španělskou zdravotní správou, tento závěr podporují. Nicméně předkládajícímu soudu přísluší ověřit, zda je tomu skutečně tak.

- 23 Vzhledem k tomu, že otázky předkládajícího soudu jsou v každém případě zaměřeny na základní pravidla stanovená Smlouvou, jsou pro něj následující úvahy užitečné i za předpokladu, že se jedná o koncesi na veřejnou službu, na kterou se směrnice 92/50 nevztahuje. Důsledky vyplývající z práva Společenství pro udělování takových koncesí totiž musejí být zkoumány ve světle primárního práva, a konkrétněji základních svobod upravených ve Smlouvě (viz zejména rozsudek ze dne 21. července 2005, Coname, C-231/03, Sb. rozh. s. I-7287, bod 16).
- 24 Tato základní pravidla, která uvádí předkládající soud, jsou dvojího druhu. Jedná se jednak o články 43 ES a následující, týkající se svobody usazování, a jednak o články 49 ES a následující, týkající se volného pohybu služeb.
- 25 Je třeba připomenout, jak to učinili všichni účastníci řízení, kteří Soudnímu dvoru předložili svá vyjádření, že nehledě na článek 46 ES vnitrostátní opatření, která mohou bránit ve výkonu základních svobod zaručených Smlouvou nebo jej mohou učinit méně zajímavým, musí podle ustálené judikatury splňovat čtyři podmínky, aby byla v souladu s články 43 ES a 49 ES: uplatňují se nediskriminačním způsobem, jsou odůvodněna naléhavými důvody obecného zájmu, jsou způsobilá zaručit uskutečnění cíle, který sledují, a nepřekračují meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné (viz rozsudky ze dne 31. března 1993, Kraus, C-19/92, Recueil, s. I-1663, bod 32; ze dne 30. listopadu 1995, Gebhard, C-55/94, Recueil, s. I-4165, bod 37, a ze dne 6. listopadu 2003, Gambelli a další, C-243/01, Recueil, s. I-13031, body 64 a 65).
- 26 Je proto namístě přezkoumat napadené prvky sporných zadávacích řízení za účelem ověření, zda tyto prvky mohou bránit podnikům neusazeným ve Španělsku ve

výkonu základních svobod zaručených Smlouvou nebo jej učinit méně zajímavým.

- 27 Jelikož takové prvky nebrání usazování podniků na španělském území, je nejprve namíste učinit závěr, že žádné omezení svobody usazování v projednávané věci neexistuje.
- 28 Zadruhé je třeba analyzovat, zda uvedené prvky představují omezení volného pohybu služeb.
- 29 V tomto ohledu je nesporné, že Insalud je hlavním příjemcem dotčených služeb, jelikož veřejný sektor představuje 90 % žádostí o domácí respirační léčbu. Komise tedy správně uvádí, že podmínka účasti způsobuje pro podniky řadu nákladů, jejichž návratnost bude možná, pouze pokud jim zakázka bude zadána, což má za následek, že podání nabídky je jednoznačně učiněno méně zajímavým. Není tomu jinak, pokud jde o kritérium hodnocení, podle kterého se dodatečné body přidělí, pokud je již ve městech stanovených v zadávacích řízeních týkajících se veřejné zakázky otevřena kancelář.
- 30 Pokud jde o kritéria hodnocení týkající se zařízení pro výrobu, úpravu a plnění kyslíku, je samo sebou, že mohou bránit podniku v podání nabídky, ledaže by již měl taková vlastní zařízení nacházející se ve stanoveném okruhu 1 000 km k dispozici.

- 31 Konečně skutečnost, že způsob rozhodnutí mezi dvěma uchazeči, kteří mají stejný počet bodů, působí v poslední řadě ve prospěch podniku již usazeného na dotčeném španělském trhu, může učinit méně zajímavým podání nabídky jakýmkoliv jiným podnikem zejména z důvodu velké stejnorodosti trhu.
- 32 Ze spisu totiž vyplývá, že španělský trh s plynem pro lékařské využití je z 97 % ovládán čtyřmi nadnárodními podniky. Navíc, jak to uvedla Contse, aniž by jí bylo v tomto bodě odporováno, nemohou existovat velké rozdíly mezi účastníky, pokud jde o počet bodů přidělených za technické aspekty, z důvodu skutečnosti, že všichni uchazeči o veřejnou zakázku používají obdobné technické vybavení, které je vyráběno pouze dvěma či třemi podniky.
- 33 Proto je namístě konstatovat, že napadené prvky sporných zadávacích řízení mohou bránit ve výkonu volného pohybu služeb tak, jak je zaručen Smlouvou, nebo jej učinit méně zajímavým. Je tedy třeba ověřit, zda každý z napadených prvků splňuje čtyři podmínky, které vyplývají z judikatury uvedené v bodě 25 tohoto rozsudku.
- 34 V rámci rozdělení pravomocí mezi soudy Společenství a vnitrostátní soudy přitom přísluší vnitrostátnímu soudu, aby ověřil, zda jsou tyto podmínky splněny ve věci, kterou projednává. Soudní dvůr však může, když rozhoduje o předběžné otázce, případně podat upřesnění, která mají za cíl vést vnitrostátní soud v jeho výkladu (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 17. října 2002, Payroll a další, C-79/01, Recueil, s. I-8923, body 28 a 29). Za tímto účelem a v odpovědi na otázky položené překládajícím soudem mu přísluší vzít v úvahu skutečnosti upřesněné v následujících bodech.

Podmínka účasti

- 35 Zprvė je třeba, aby se vnitrostátní opatření uplatňovalo nediskriminačním způsobem.
- 36 V tomto ohledu, podle judikatury Soudního dvora zásada rovnosti, jejímž zvláštním výrazem je článek 49 ES, zakazuje nejen zjevnou diskriminaci na základě státní příslušnosti, ale také všechny skryté formy diskriminace, které použitím jiných rozlišovacích kritérií vedou ve skutečnosti ke stejnému výsledku (viz rozsudky ze dne 29. října 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Recueil, s. 3427, bod 9, a ze dne 5. prosince 1989, Komise v. Itálie, C-3/88, Recueil, s. I-4035, bod 8).
- 37 Ačkoliv je podmínka účasti použitelná bez rozdílu na všechny podniky mající v úmyslu zúčastnit se dotyčného zadávacího řízení týkajícího se veřejné zakázky, vnitrostátnímu soudu přísluší, aby ověřil, zda tato podmínka může být v praxi snadněji splněna španělskými subjekty, nežli těmi, které jsou usazeny v jiném členském státu. V takovém případě toto kritérium porušuje zásadu nediskriminačního použití (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek Gambelli a další, bod 71).
- 38 Nicméně je třeba zdůraznit, že jelikož neexistuje omezení svobody usazování, samotná skutečnost, že zahraniční subjekty mají kancelář otevřenou pro veřejnost v hlavním městě provincie, kde bude služba poskytována, pro ně nepředstavuje větší překážku.

- 39 Zadruhé, vnitrostátní opatření musí být odůvodněno naléhavými důvody obecného zájmu.
- 40 V projednávané věci je nesporné, že podmínka účasti, jakož i ostatní napadené prvky sporných zadávacích řízení mají za cíl lépe zajistit ochranu života a zdraví pacientů.
- 41 Zatřetí a začtvrté, vnitrostátní opatření musí být způsobilé zaručit uskutečnění cíle, který sleduje, a nesmí překračovat meze toho, co je k dosažení tohoto cíle nezbytné.
- 42 V tomto bodě mají Komise, jakož i Contse za to, že podmínka mít kancelář otevřenou pro veřejnost v hlavním městě dotyčné provincie v době podání nabídky je nepotřebná vzhledem k výše určenému cíli lepšího zajištění ochrany života a zdraví pacientů. Insalud má naopak za to, že existence takové kanceláře slouží k dosažení tohoto cíle.
- 43 I za předpokladu, že by existence takové kanceláře mohla být považována za způsobilou k zajištění ochrany zdraví pacientů, je nutné konstatovat, že požadavek mít ji k dispozici při podání nabídky, je zjevně nepřiměřený.
- 44 Argument španělské vlády, která tím, že uvádí, že účelem zadávacího řízení je ověřit, které podniky již disponují prostředky nezbytnými pro poskytování dotčené služby,

staví naroveň kancelář otevřenou pro veřejnost veškerému ostatnímu vybavení nezbytnému pro poskytování služby, nemůže být přijat.

45 V tomto ohledu má Komise správně za to, že taková kancelář není podstatným prvkem poskytování dotčené služby. Minimální požadavky již totiž vyžadují zavedení služby technické podpory přístupné 24 hodin denně, sedm dnů v týdnu, což vede v první řadě k zajištění uskutečnění cíle sledovaného v projednávané věci, tedy neohrozit život nebo zdraví pacientů v případě problémů s fungováním nebo ovládáním vybavení, prostředky méně omezujícími volný pohyb služeb.

46 Navíc, jak uvedla Contse, je stanoveno přechodné období, v jehož průběhu podnik, který již dotčenou službu poskytoval, převede její zajištění na nového úspěšného uchazeče o veřejnou zakázku, pokud je potřeba zajistit, aby péče o pacienty byla poskytována nepřetržitě. Je třeba uvést, že v takovém případě je úspěšný uchazeč o veřejnou zakázku povinen zaplatit podniku, který pokračuje v poskytování služeb podle vzorce uvedeného ve zvláštních administrativních doložkách zadávacího řízení. Úhrada se zvyšuje každý měsíc, až do třetího měsíce od přidělení zakázky. Pokud nový úspěšný uchazeč do té doby nepřevzme všechny požadované služby, zakázka může být zrušena.

Kritéria hodnocení

47 Úvodem je třeba připomenout, že ačkoliv se směrnice 92/50 zjevně použije na sporná zadávací řízení, je nutné konstatovat, že služba dotčená v projednávané věci je uvedena v příloze I B této směrnice. Podle jejího článku 9 se přitom na takové služby použijí pouze její články 14 a 16, jakož i obecná ustanovení hlavy I, včetně

čl. 3 odst. 2, který uvádí vnitrostátní soud, a závěrečná ustanovení hlavy VII téže směrnice. Uvedený článek 14 se týká obecných technických předpisů a uvedený článek 16 oznámení o výsledcích řízení.

- 48 Proto a za účelem poskytnutí užitečné odpovědi vnitrostátnímu soudu je třeba upřesnit, že napadené prvky sporných zadávacích řízení v žádném případě nepodléhají kapitole 3 hlavy VI směrnice 92/50, nazvané „Kritéria pro zadání zakázek“, a omezením, která stanoví.
- 49 Krom toho je třeba připomenout, že kritéria hodnocení stejně jako veškerá vnitrostátní opatření musí dodržovat zásadu nediskriminace, jak vyplývá z ustanovení Smlouvy týkajících se volného pohybu služeb, a že omezení volného pohybu služeb musí odpovídat čtyřem podmínkám vytyčeným judikaturou uvedenou v bodě 25 tohoto rozsudku.
- 50 Jak bylo přitom upřesněno v bodě 34 tohoto rozsudku, vnitrostátnímu soudu přísluší, aby ověřil, zda jsou tyto podmínky ve věci, kterou projednává, splněny tím, že vezme v úvahu skutečnosti upřesněné v následujících bodech.
- 51 Nejprve, pokud se jedná o nediskriminační použití kritéria, podle kterého se dodatečné body přidělí, pokud uchazeč o veřejnou zakázku má kanceláře otevřené pro veřejnost v určitých městech provincie, kde bude služba poskytována, jeví se, tak jak to bylo uvedeno u podmínky účasti, že se toto kritéria použije bez rozdílu na každý podnik, který hodlá podat nabídku.

- 52 Krom toho, jak bylo uvedeno v bodě 40 tohoto rozsudku, je nesporné, že napadené prvky sporných zadávacích řízení byly do zadávacího řízení zahrnuty za účelem lepšího zajištění života a zdraví pacientů. Insalud mimoto vysvětluje, že cílem těchto prvků je právě vyřešit problémy dodávky kyslíku a fungování zařízení a zajistit odpovídající poskytování dotčené služby bez zbytečného prodlení a újmy pro pacienta.
- 53 Dále je namístě ověřit, zda je uvedené kritérium způsobilé k uskutečnění tohoto cíle, ale nepřekračuje meze toho, co je za tímto účelem nezbytné.
- 54 V tomto ohledu Komise přejímá argumentaci, kterou použila ohledně podmínky účasti, tedy že je nepotřebné a nepřiměřené mít k dispozici takové kanceláře před plněním smlouvy. Contse připouští, že takové kritérium vzhledem k účelu pomoci pacientům může být v souladu se sledovaným cílem, ale má za to, že pouhý smluvní závazek zřídit takové kanceláře v případě zadání zakázky by býval umožnil dosažení uvedeného cíle. Ani Insalud, ani španělská vláda se konkrétně ohledně tohoto kritéria hodnocení nevyjádřily.
- 55 K této otázce, a jak bylo upřesněno v bodě 43 tohoto rozsudku, i za předpokladu, že by existence takových kanceláří mohla být považována za způsobilou k zajištění zdraví pacientů, je nutno konstatovat, že požadavek mít je k dispozici již v době podání nabídky je zjevně nepřiměřený, a to tím spíše, že minimální požadavky již vyžadují, jak bylo uvedeno v bodě 45 tohoto rozsudku, zavedení služby technické podpory.

- 56 Pokud jde o kritéria hodnocení týkající se vlastnictví určitých zařízení pro výrobu, jakož i úpravu a plnění kyslíku nacházejících se v okruhu 1 000 km od provincie, kde bude služba poskytována, je třeba ověřit, zda tato kritéria, ačkoliv jsou bez rozdílu použitelná na všechny podniky, mohou fakticky upřednostňovat zejména ty podniky, které jsou již usazeny ve Španělsku.
- 57 Na rozdíl od podmínky mít k dispozici kancelář, která totiž může být ze své povahy splněna opakovaně či dokonce pokaždé, pokud je to vzhledem k zadání zakázky potřebné, existence zařízení pro výrobu, úpravu nebo plnění náležejícího uchazeči vyžaduje mnohem větší investici, která se již nebude opakovat. Povaha posledně uvedeného kritéria znamená, že ho není snadné splnit, pokud již taková zařízení neexistují. Skutečnost, že je vyžadována nikoliv pouhá dostupnost, nýbrž vlastnictví dotčených zařízení, pouze posiluje myšlenku, že toto kritérium ve skutečnosti směřuje k upřednostnění trvalosti.
- 58 Proto body související s těmito kritérii mohou být přiděleny pouze podnikům již vlastnícím taková zařízení na španělském území nebo mimo něj, ale vždy ve vzdálenosti menší než 1 000 km od dotčené provincie.
- 59 Navíc, jestliže geografická oblast, nacházející se v okruhu 1 000 km kolem dotčených provincií, tedy Cáceres a Badajoz, zahrnuje kromě španělského území také celé portugalské území, zahrnuje pouze část Francie a vylučuje téměř všechny členské státy, takže zařízení nacházející se v Belgii nebo v Itálii, jako je tomu v projednávané věci, jsou mimo stanovený okruh.

- 60 Jak bylo upřesněno v bodě 37 tohoto rozsudku, pokud bude mít vnitrostátní soud za to, že kritérium je v praxi snadněji splněno španělskými subjekty nežli těmi, které jsou usazeny v jiném členském státu, pak takové kritérium porušuje zásadu nediskriminačního použití (viz výše uvedený rozsudek Gambelli a další, bod 71).
- 61 V každém případě, ačkoliv zajištění zásobování může tvořit součást kritérií, která mají být vzata v úvahu pro určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky v případě takové služby, jakou je služba dotčená ve sporu v původním řízení, jejímž cílem je ochrana života a zdraví pacientů tím, že stanoví vlastní diverzifikovanou výrobu v blízkosti místa spotřeby (viz obdobně rozsudek ze dne 28. března 1995, Evans Medical a Macfarlan Smith, C-324/93, Recueil, s. I-563, bod 44), je třeba konstatovat, že tato kritéria se v projednávané věci v několika ohledech nejeví být přízpůsobena sledovanému cíli.
- 62 Zaprvé, ačkoliv španělská vláda správně uvádí, že jakýkoliv výběr vzdálenosti nebo jednotky času dopravy se provádí na základě volného uvážení, je nutno konstatovat, že kritérium 1 000 km stanovené v projednávané věci se jeví jako nezpůsobilé k zaručení uskutečnění dotčeného cíle.
- 63 Španělská vláda jednak nepředkládá žádný důkaz na podporu své argumentace, podle níž tvrdí, že rizika zpoždění, která se zvyšují v poměru ke vzdálenosti, která má být překonána, jsou menší díky kontrole, kterou mohou vykonávat orgány tohoto členského státu v případě problému, který nastane na jeho území. Tento argument tedy nemůže být přijat.
- 64 Krom toho, i za předpokladu, že překonávání vnitřních hranic Evropského společenství způsobí zpoždění, čehož se obává španělská vláda, okruh 1 000 km tím, že přesahuje španělské hranice, není způsobilý pro dosažení sledovaného cíle.

- 65 Zadruhé, Komise jednak uvádí, že kyslík vyrobený ve výrobních zařízeních se dodává do zplyňovacích center za účelem plnění stlačeného plynu do lahví, a jednak, že v těchto centrech je bezpečná zásoba plných lahví postačující v případě havárie, technické přestávky nebo naléhavosti k zajištění dodávky kyslíku nejméně na dobu dvou týdnů.
- 66 Proto, jak to rovněž uvádí Contse, blízkost výrobních zařízení nezaručuje dosažení cíle zajištění zásobování. Vnitrostátnímu soudu přísluší, aby ověřil, zda je tomu jinak, pokud jde o zařízení pro úpravu a plnění kyslíku.
- 67 Praxe uznávaná podniky mimoto potvrzuje, že existují prostředky méně omezující volný pohyb služeb pro dosažení sledovaného cíle, jímž je jistá dostupnost plynu pro lékařské použití v blízkosti místa spotřeby. Jedná se, jak uvedla Komise a Contse, o zvýhodnění přidělením dodatečných bodů skladovacích zařízení se zásobou plynu na stanovené období určených k vyrovnání případných výpadků nebo výkyvů v dopravě ze zařízení pro výrobu nebo plnění.
- 68 Konečně, pokud Komise, jakož i Contse kritizují význam přičítaný vlastnictví výrobního zařízení, je namístě uvést, že zadavatelé mají volnost nejen vybrat kritéria pro zadání zakázky, nýbrž též určit jejich poměrnou váhu v rozsahu, jenž umožňuje souborné vyhodnocení stanovených kritérií za účelem určení ekonomicky nejvýhodnější nabídky (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 4. prosince 2003, EVN a Weinstrom, C-448/01, Recueil, s. I-14527, bod 39). Nebylo by tomu jinak, pokud by dotčená služba náležela do přílohy I B směrnice 92/50, jak by tomu mohlo být u dotčených zakázek, a spadala by tedy do méně omezujícího režimu zadávání veřejných zakázek.

- 69 Je přitom namísto konstatovat, že ve věci v původním řízení se kritérium týkající se výrobních zařízení netýká poskytování služby, která je předmětem zakázky, tedy domácí dodávky léčebného kyslíku, dokonce ani množství plynu, který bude vyráběn, nýbrž nejvyšší výrobní kapacity zařízení vlastněných uchazeči, jelikož dodatečné body jsou přiděleny pokaždé, když je překročena jedna ze tří prahových hodnot celkové roční výroby.
- 70 Kritéria hodnocení týkající se v projednávané věci přidělení dodatečných bodů za trvale zvýšenou výrobní kapacitu nemohou být považována za související s cílem zakázky, a ještě méně za způsobilá k zajištění jejího uskutečnění (viz obdobně výše uvedený rozsudek EVN a Wienstrom, bod 68).
- 71 Konečně i za předpokladu, že uvedená kritéria jsou diktována zájmem na zajištění zásobování, a že jsou tak spojená s cílem sledovaným ve sporných zadávacích řízeních a jsou způsobilá pro jeho dosažení, je třeba uvést, že nelze právoplatně stanovit jako kritérium pro zadání zakázky schopnost uchazeče dodávat co největší množství výrobku (viz v tomto smyslu výše uvedený rozsudek EVN a Wienstrom, bod 70).
- 72 V tomto ohledu je třeba připomenout, že sporná zadávací řízení stanoví jako podmínky pro podání nabídky, že uchazeč má navíc výrobní a plnicí zdroj a je schopen vyrobit alespoň 400 000 m³ ročně, v rámci veřejné zakázky týkající se provincie Cáceres, a 550 000 m³ v rámci veřejné zakázky týkající se provincie Badajoz. Ze spisu vyplývá, že tyto hodnoty představují přibližně 75 %, respektive 80 % spotřeby stanovené pro první rok dotčené zakázky.

- 73 Navíc je třeba uvést, že první ze tří prahových hodnot uvedených ve sporných zadávacích řízeních, tedy celková roční výroba nejméně 800 000 m³ a 1 000 000 m³ pro každou zakázku, jejichž překročení v těchto dvou případech znamená přidělení 1,3 bodu, odpovídá objemu překračujícímu celkovou spotřebu stanovenou pro čtvrtý a poslední rok dotčené zakázky. Proto celková roční výrobní kapacita takové úrovně může být případně považována za nezbytnou pro cíl zajištění zásobování, připomenutý v bodě 71 tohoto rozsudku.
- 74 Zkoumaná kritéria hodnocení nicméně překračují meze takové potřeby. V případě překročení prahové hodnoty celkové roční výroby nejméně 1 200 000 m³ a 1 500 000 m³ se totiž navíc přidělí 1,3 bodu, jakož i dva dodatečné body, pokud je tato výroba nejméně 1 600 000 m³, respektive 2 000 000 m³.
- 75 Je třeba uvést, že posledně uvedené hodnoty odpovídající třetí prahové hodnotě celkové roční výroby představují vždy dvojnásobek základní prahové hodnoty uvedené v bodě 73 tohoto rozsudku.
- 76 Z toho vyplývá, že vzhledem k tomu, že se nejvíc bodů přidělí uchazečům nabízejícím výrobní kapacitu značně vyšší, než je přepokládaná spotřeba v rámci sporných zadávacích řízení, ačkoliv se již první prahová hodnota jeví jako vhodná k tomu, aby v nejvyšším možném rozsahu zajistila jistou dostupnost plynu, kritéria hodnocení stanovená v projednávané věci, pokud jde o přidělení dodatečných bodů v případě překročení druhé a třetí prahové hodnoty celkové roční výroby, nejsou slučitelná s požadavky práva Společenství v této oblasti (viz obdobně výše uvedený rozsudek EVN a Wienstrom, bod 71).
- 77 Konečně, co se týče způsobu rozhodnutí mezi dvěma uchazeči, kteří mají shodný počet bodů, použité kritérium pro zadání zakázky se použije pouze v případě

rovnosti nejen celkové, nýbrž též technické mezi dvěma nabídkami, které mají shodný počet bodů, a svědčí tomu, který službu již poskytoval.

- 78 Výše uvedené podmínky, které mají být splněny, platí rovněž pro takové kritérium. Rozhodnout automaticky a definitivně pro subjekt, který je již na dotčeném trhu přítomen, je přitom diskriminační.
- 79 Ze všech výše uvedených úvah vyplývá, že článek 49 ES brání tomu, aby zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky na zdravotní služby domácí respirační léčby a dalších metod asistované ventilace stanovil jednak podmínku účasti, která ukládá uchazeči, aby v době podání nabídky měl kancelář otevřenou pro veřejnost v hlavním městě provincie, kde má být služba poskytována, a jednak kritéria hodnocení nabídek, která přidělením dodatečných bodů uznávají existenci v době podání nabídky výrobních zařízení pro úpravu a plnění kyslíku nacházejících se maximálně 1 000 km od uvedené provincie nebo kanceláří otevřených pro veřejnost v jiných určených místech uvedené provincie a která v případě rovnosti mezi několika nabídkami upřednostňují podnik, který dotčenou službu již poskytoval v rozsahu, v němž se tyto prvky uplatňují diskriminačním způsobem, nejsou odůvodněny naléhavými důvody obecného zájmu, nejsou způsobitelné zaručit uskutečnění cíle, který sledují, nebo překračují meze toho, co je nezbytné k jeho dosažení, což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu.

K nákladům řízení

- 80 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení vzhledem ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (třetí senát) rozhodl takto:

Článek 49 ES brání tomu, aby zadavatel v zadávací dokumentaci veřejné zakázky na zdravotní služby domácí respirační léčby a dalších metod asistované ventilace stanovil jednak podmínku účasti, která ukládá uchazeči, aby v době podání nabídky měl kancelář otevřenou pro veřejnost v hlavním městě provincie, kde má být služba poskytována, a jednak kritéria hodnocení nabídek, která přidělením dodatečných bodů uznávají existenci v době podání nabídky výrobních zařízení pro úpravu a plnění kyslíku nacházejících se maximálně 1 000 km od uvedené provincie nebo kanceláří otevřených pro veřejnost v jiných určených místech uvedené provincie a která v případě rovnosti mezi více nabídkami upřednostňují podnik, který službu již poskytoval v rozsahu, v němž se tyto prvky použijí diskriminačním způsobem, nejsou odůvodněny naléhavými důvody obecného zájmu, nejsou způsobitelné zaručit uskutečnění cíle, který sledují, nebo překračují meze toho, co je nezbytné k jeho dosažení, což přísluší ověřit vnitrostátnímu soudu.

Podpisy.