

CONTSE M.FL.

DOMSTOLENS DOM (Tredje Afdeling)

27. oktober 2005 *

I sag C-234/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Audiencia Nacional (Spanien) ved afgørelse af 16. april 2003, indgået til Domstolen den 2. juni 2003, i sagen

Contse SA,

Vivisol Srl,

Oxigen Salud SA

mod

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

* Processprog: spansk.

procesdeltagere:

Air Liquide Medicinal SL,

Sociedad Española de Carburos Metálicos SA,

har

DOMSTOLEN (Tredje Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Rosas (refererende dommer), og dommerne J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr og U. Löhmus,

generaladvokat: C. Stix-Hackl

justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 19. januar 2005,

efter at der er afgivet indlæg af:

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

- Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), tidligere Instituto Nacional de la Salud (Insalud), ved procurador M. Gómez Montes og abogado J.-M. Pérez Gómez

- den spanske regering ved S. Ortiz Vaamonde, som befuldmægtiget

- den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

- Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved G. Valero Jordana og K. Wiedner, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

¹ Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 12 EF, artikel 43 EF ff., artikel 49 EF ff. og artikel 3, stk. 2, i Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1).

- 2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en sag mellem på den ene side Contse SA (herefter »Contse«), Vivisol Srl og Oxigen Salud SA (der alle tre indgår i en midlertidig virksomhedssammenslutning, som ejer anlæg til iltproduktion i Italien og i Belgien) og på den anden side Instituto Nacional de la Salud (det nationale institut for sundhedsanliggender, herefter »Insalud«). Sagsøgerne har anlagt sag dels i forbindelse med to udbud, som Insalud har afholdt vedrørende tjenesteydelser i forbindelse med åndedrætsterapi i hjemmet og andre metoder til understøttet respiration i Cáceres- og Badajoz-provinserne, dels i forbindelse med en afgørelse truffet af Insaluds Presidencia Ejecutiva (bestyrelse) den 10. juli 2000, hvorved klagerne over disse udbud blev afvist.

Retsforskrifter

- 3 Artikel 12 EF bestemmer, at al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, er forbudt inden for traktatens anvendelsesområde og med forbehold af dennes særlige bestemmelser.
- 4 Artikel 43 EF og artikel 49 EF omhandler henholdsvis etableringsfriheden og den frie udveksling af tjenesteydelser. Disse bestemmelser er et særligt udtryk for princippet om forbud mod forskelsbehandling.
- 5 Artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 indeholder tillige et særligt udtryk for dette princip, idet det præciseres, at det påhviler de ordregivende myndigheder at sørge for, at der ikke finder forskelsbehandling sted mellem forskellige tjenesteydere.

De faktiske omstændigheder og tvisten i hovedsagen

- 6 Ved to afgørelser af 24. maj 2000 iværksatte Insalud to udbud vedrørende tjenesteydelser i forbindelse med åndedræsterapi i hjemmet og andre metoder til understøttet respiration i Cáceres- og Badajoz-provinserne (herefter »de omtvistede udbud«).
- 7 I udbudsbetingelserne, de særlige administrative bestemmelser og de tekniske specifikationer for de to udbud er der fastsat dels adgangsbetingelser, dels vurderingskriterier.
- 8 Adgangsbetingelserne, der ikke er genstand for nogen bedømmelse, skal være opfyldt på tidspunktet for afgivelsen af bud.
- 9 I den forbindelse er det fastsat, at den bydende skal råde over mindst et forretningslokale, der er offentligt tilgængeligt mindst otte timer om dagen, morgen og eftermiddag, fem dage om ugen, i den pågældende provinshovedstad (herefter »adgangsbetingelsen«).
- 10 Det fremgår af sagsakterne, at vurderingskriterierne omhandler visse økonomiske og tekniske egenskaber, som gives point. I den konkrete sag kan der ud af maksimalt 140 point tildeles op til 40 point for buddets økonomiske aspekt og op til 100 point vedrørende kriterierne for den tekniske vurdering af budet.

- 11 Ud over indlevering af et kvalitetscertifikat (for hvilket der tildeles 20 point) vurderes de tekniske specifikationer i forskellige undersektioner: udstyr (35 point), udførelse af tjenesteydelsen (35 point), information af patienten (5 point) og rapport over kontrollen med tjenesteydelsen (5 point).

- 12 For så vidt angår undersektionen »udstyr« er det, i det afsnit, der vedrører levering af ilt i trykgasbeholdere, fastsat, at der kan tildeles maksimalt 4,6 point beregnet på grundlag af den samlede årlige produktion, hvis den bydende på tidspunktet for afgivelsen af buddene ejer mindst to anlæg til iltproduktion, der ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra den pågældende provins. Et halvt point tildeles tillige respektive, hvis den bydende på tidspunktet for afgivelsen af bud ejer mindst et anlæg til forarbejdning af beholdere eller mindst et anlæg til påfyldning af ilt, som i begge tilfælde ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra den pågældende provins.

- 13 For så vidt angår undersektionen »udførelse af tjenesteydelsen« kan der, såfremt den bydende på tidspunktet for afgivelsen af buddene har forretningslokaler, der er offentligt tilgængelige mindst otte timer om dagen, morgen og eftermiddag, fem dage om ugen, i bestemte byer i den pågældende provins, tildeles maksimalt 0,9 yderligere point (0,3 point for hver af de tre byer, der er nævnt i de omtvistede udbud).

- 14 Kontrakten tildeles den bydende, hvis bud har opnået flest point. Hvor flere bydende står lige, vinder budet med den bedste tekniske vurdering. Hvis der stadig er lighed, foretrækkes den virksomhed, der tidligere har udført samme tjenesteydelse.

- 15 Sagsøgerne i hovedsagen indgav klage over de omtvistede udbud, hvilke klager blev afvist af Insaluds Presidencia Ejecutiva ved afgørelse af 10. juli 2000.
- 16 Dernæst anlagde sagsøgerne i hovedsagen sag til prøvelse af denne afgørelse og de omtvistede udbud ved Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, der i sin dom af 20. september 2001 imidlertid ikke gav dem medhold. Denne dom blev appelleret til den forelæggende ret.
- 17 Sagsøgerne i hovedsagen har dels gjort gældende, at bestemte forhold i de omtvistede udbud, som er beskrevet i præmis 8-14 i denne dom (herefter »de anfægtede forhold«), er i strid med artikel 12 EF, artikel 43 EF, artikel 49 EF og artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50, dels opfordret den forelæggende ret til at forelægge Domstolen et præjudicielt spørgsmål på dette punkt.
- 18 Insalud har gjort gældende, at de anfægtede forhold i de omtvistede udbud er lovlige, da den pågældende tjenesteydelses karakter af en sundhedsydelse og hensyn til den særligt sårbare patientkategori, der er afhængig heraf, tvinger de kompetente myndigheder til ikke alene at sikre udførelsen af tjenesteydelsen på ethvert tidspunkt, men tillige at tage hensyn til og vurdere de omstændigheder, der kan nedsætte de risici, der er forbundet med al menneskelig virksomhed, ved at foretrække det bud, hvori disse risici er mindst.
- 19 På denne baggrund har Audiencia Nacional besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er bestemmelserne i artikel 12 EF, artikel 43 EF ff., artikel 49 EF ff. og artikel 3, stk. 2, i [direktiv 92/50] til hinder for, at der i de udbudsbetingelser, særlige

administrative bestemmelser og tekniske specifikationer, der gælder for et offentligt udbud vedrørende tjenesteydelser i forbindelse med åndedrætsterapi i hjemmet og andre metoder til understøttet respiration,

- 1) fastsættes adgangsbetingelser, hvori der stilles krav om, at virksomheder, der ønsker at afgive bud, allerede råder over offentligt tilgængelige forretningslokaler i provinsen eller i provinshovedstaden, hvor tjenesteydelsen skal udføres

- 2) fastsættes vurderingskriterier, der [prioriterer bud fra virksomheder, der
 - a) råder over egne anlæg til produktion, forarbejdning og påfyldning af ilt, der ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra den pågældende provinshovedstad, hvor tjenesteydelsen skal udføres]

 - b) allerede råder over offentligt tilgængelige forretningslokaler i bestemte byer i samme provins

 - c) allerede udfører tjenesteydelsen?«

Det præjudicielle spørgsmål

- 20 Den forelæggende ret ønsker med sit spørgsmål i det væsentlige oplyst, om artikel 12 EF, artikel 43 EF, artikel 49 EF og artikel 3, stk. 2, i direktiv 92/50 er til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsmaterialet for en offentlig kontrakt om udførelse af sundhedsmæssige tjenesteydelser vedrørende åndedræts-terapi i hjemmet og andre metoder til understøttet respiration fastsætter dels en adgangsbetingelse, hvorefter den bydende virksomhed på tidspunktet for afgivelsen af budet skal råde over offentligt tilgængelige forretningslokaler i den provinshovedstad, hvor tjenesteydelsen skal udføres, dels vurderingskriterier for buddene, der gennem tildeling af supplerende point tager hensyn til, om den bydende på samme tidspunkt råder over egne anlæg til produktion, forarbejdning og påfyldning af ilt, der ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra den pågældende provins, eller har offentligt tilgængelige forretningslokaler bestemte steder i denne provins, og den virksomhed, der tidligere har udført den omhandlede tjenesteydelse, skal foretrækkes, hvis flere bud opnår samme antal point.
- 21 Sagsøgerne i hovedsagen, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og den østrigske regering har foreslået, at spørgsmålet besvares bekræftende. Insalud og den spanske regering mener, at spørgsmålet skal besvares benægtende.
- 22 Det bør indledningsvis bemærkes, at tvisten i hovedsagen, i modsætning til, hvad den spanske regering har gjort gældende, tilsyneladende vedrører en offentlig tjenesteydelsesaftale, og ikke en kontrakt om drift af en tjenesteydelse, der betragtes som en koncessionsaftale. Som Insalud har anført under retsmødet, vedbliver den spanske forvaltning nemlig med at være ansvarlig for enhver skade, der påføres som følge af mangler ved tjenesteydelsen. Dette forhold, der indebærer, at der ikke sker nogen overførsel af de risici, som er forbundet med den omhandlede tjenesteydelse, samt den omstændighed, at vederlaget for tjenesteydelsen afholdes af den spanske sundhedsforvaltning, støtter denne konklusion. Det påhviler dog den forelæggende ret at efterprøve, om dette faktisk er tilfældet.

- 23 Da den forelæggende rets spørgsmål drejer sig om de grundlæggende bestemmelser i traktaten, vil den i alle tilfælde kunne anvende nedenstående betragtninger, selv hvis der er tale om en koncessionsaftale om tjenesteydelser, der ikke er omfattet af direktiv 92/50. De fællesskabsretlige følger af tildelingen af sådanne koncessionskontrakter skal nemlig undersøges i lyset af den primære ret og navnlig de grundlæggende friheder, der er nedfældet i traktaten (jf. bl.a. dom af 21.7.2005, sag C-231/03, Coname, Sml. I, s. 7287, præmis 16).
- 24 Disse grundlæggende bestemmelser, som den forelæggende ret har henvist til, vedrører to områder. Dels drejer det sig om artikel 43 EF ff. om etableringsfriheden, dels om artikel 49 EF ff. om den frie udveksling af tjenesteydelser.
- 25 Det bemærkes, i lighed med de parter, der har indgivet skriftlige indlæg for Domstolen, at det fremgår af fast retspraksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, med forbehold af artikel 46 EF skal opfylde fire betingelser for at være i overensstemmelse med artikel 43 EF og artikel 49 EF: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet (jf. dom af 31.3.1993, sag C-19/92, Kraus, Sml. I, s. 1663, præmis 32, af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37, og af 6.11.2003, sag C-243/01, Gambelli m.fl., Sml. I, s. 13031, præmis 64 og 65).
- 26 Derfor bør de anfægtede forhold i de omtvistede udbud undersøges for at efterprøve, om disse forhold kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende

friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende for virksomheder, der ikke er etableret i Spanien.

- 27 Da sådanne forhold ikke udgør hindringer for virksomheders etablering i Spanien, skal det først fastslås, at der i denne sag ikke foreligger nogen indskrænkning af etableringsfriheden.
- 28 Dernæst skal det undersøges, om disse forhold indskrænker den frie udveksling af tjenesteydelser.
- 29 I den forbindelse ligger det fast, at Insalud er den principale modtager af de pågældende tjenesteydelser, for så vidt som den offentlige sektor står for 90% af efterspørgslen efter åndedrætsterapi i hjemmet. Kommissionen har således med rette hævdet, at adgangsbetingelsen påfører virksomhederne en række omkostninger, som kun godtgøres, hvis de får tildelt kontrakten, hvilket indebærer, at det bliver væsentligt mindre tiltrækkende at afgive bud. Det samme gælder det vurderingskriterium, hvorefter der tildeles yderligere point, hvis der allerede er åbnet et forretningslokale i de byer, der er angivet i udbuddet.
- 30 Hvad angår vurderingskriterierne vedrørende anlæg til produktion, forarbejdning og påfyldning af ilt, giver det sig selv, at en virksomhed kan blive hæmmet i forbindelse med afgivelsen af et bud, hvis den ikke allerede råder over sådanne egne anlæg, der ligger inden for den fastsatte radius af 1 000 kilometer.

- 31 Endelig medfører den omstændighed, at det i sidste ende er udslagsgivende for valget mellem to bydende med samme antal point, om virksomheden allerede er etableret på det pågældende spanske marked, at det bliver mindre tiltrækkende for enhver anden virksomhed at afgive bud, bl.a. på grund af markedets høje grad af homogenitet.
- 32 Det fremgår nemlig af sagsakterne, at 97% af det spanske marked for gas til medicinsk brug kontrolleres af fire multinationale virksomheder. Herudover bemærkes, at som Contse har anført — uden at være blevet modsagt heri — kan der ikke være store forskelle mellem deltagerne hvad angår det antal point, der er tildelt for de tekniske aspekter, da alle de bydende anvender lignende teknisk udstyr, der kun produceres af to eller tre virksomheder.
- 33 Derfor bør det fastslås, at de anfægtede forhold i de omtvistede udbud alle kan hæmme udøvelsen af den ved traktaten sikrede frie udveksling af tjenesteydelser eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende. Følgelig bør det efterprøves, om hvert af de anfægtede forhold opfylder de fire betingelser, der følger af den i præmis 25 citerede retspraksis.
- 34 Selv om det inden for rammerne af kompetencefordelingen mellem Fællesskabets retsinstanser og de nationale domstole tilkommer den nationale ret at efterprøve, at disse betingelser er opfyldt i den sag, der verserer for den, kan Domstolen i en præjudiciel forelæggelsessag i givet fald give nærmere oplysninger med henblik på at vejlede den nationale ret i dens fortolkning (jf. i samme retning dom af 17.10.2002, sag C-79/01, Payroll m.fl., Sml. I, s. 8923, præmis 28 og 29). Den vil herved og i forbindelse med besvarelsen af den forelæggende rets spørgsmål skulle tage de i de følgende præmisser præciserede forhold i betragtning.

Adgangsbetingelsen

- 35 For det første bemærkes, at den nationale foranstaltning skal anvendes uden forskelsbehandling.
- 36 I den forbindelse bemærkes, at det følger af Domstolens faste praksis, at lighedsprincippet, som artikel 49 EF er et særligt udtryk for, ikke blot forbyder åbenlys forskelsbehandling begrundet i nationalitet, men desuden enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelsen af andre kriterier reelt fører til samme resultat (jf. dom af 29.10.1980, sag 22/80, Boussac Saint-Frères, Sml. s. 3427, præmis 9, og af 5.12.1989, sag C-3/88, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 4035, præmis 8).
- 37 Selv om adgangsbetingelsen anvendes uden forskel på enhver virksomhed, der påtænker at afgive bud i forbindelse med det omhandlede udbud, skal de nationale retsinstanser efterprøve, om betingelsen i praksis nemmere kan opfyldes af de spanske erhvervsdrivende end af dem, der er etableret i en anden medlemsstat. I et sådant tilfælde tilsidesætter dette kriterium princippet om, at den nationale foranstaltning skal finde anvendelse uden forskelsbehandling (jf. i samme retning dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 71).
- 38 Det skal dog fremhæves, at hvis etableringsfriheden ikke indskrænkes, kan det at have offentligt tilgængelige forretningslokaler i den provinshovedstad, hvor tjenesteydelsen skal udføres, ikke i sig selv udgøre en væsentlig hindring for udenlandske erhvervsdrivende.

39 For det andet bemærkes, at den nationale foranstaltning skal være begrundet i tvingende almene hensyn.

40 Det ligger i det foreliggende tilfælde fast, at både adgangsbetingelsen og de øvrige anfægtede forhold i de omtvistede udbud skal sikre en bedre beskyttelse af patienternes liv og helbred.

41 For det tredje og fjerde skal den nationale foranstaltning være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, der forfølges, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.

42 På dette punkt har Kommissionen og Contse anført, at betingelsen om, at der på tidspunktet for afgivelsen af budet skal være rådighed over offentligt tilgængelige forretningslokaler i den pågældende provinshovedstad, ikke er egnet til opnåelse af det nævnte formål om at sikre en bedre beskyttelse af patienternes liv og helbred. Insalud er derimod af den opfattelse, at sådanne forretningslokaler fremmer opnåelsen af dette formål.

43 Selv hvis det antages, at sådanne forretningslokaler kan anses for egnede til at sikre patienternes helbred, må det fastslås, at kravet om rådighed herover fra tidspunktet for afgivelsen af budet er åbenbart urimeligt.

44 Den spanske regerings argument, hvorefter de forretningslokaler, der er tilgængelige for offentligheden, er at sidestille med alt andet udstyr, der er nødvendigt for at

udføre tjenesteydelsen, og at formålet med et udbud er at kontrollere, hvilke virksomheder der allerede råder over de nødvendige midler til at udføre den omhandlede tjenesteydelse, kan ikke tiltrædes.

- 45 I den forbindelse har Kommissionen med rette vurderet, at sådanne forretningslokaler ikke er en væsentlig forudsætning for at udføre den omhandlede tjenesteydelse. Der er nemlig allerede en minimumsbetingelse, at der oprettes en teknisk support funktion, der er tilgængelig 24 timer i døgnet, syv dage om ugen, hvilket i første omgang sikrer, at det formål, som forfølges i denne sag, kan virkeliggøres, dvs. at undgå at bringe patienternes liv eller helbred i fare i tilfælde af problemer med drift eller betjening af udstyret, med midler, der er mindre restriktive for den frie udveksling af tjenesteydelser.
- 46 Hertil kommer, at der som anført af Contse er fastsat en overgangsperiode, hvori den virksomhed, der hidtil har udført den omhandlede tjenesteydelse, skal overdrage driften heraf til den nye kontrakt-haver, såfremt dette er nødvendigt for at sikre, at patienterne ydes pleje uden ophold. Det bemærkes, at den nye kontrakt-haver i et sådant tilfælde er forpligtet til at betale et vederlag, som beregnes efter en metode, der er beskrevet i udbudsmaterialets særlige administrative bestemmelser, til den virksomhed, der fortsætter med at udføre tjenesteydelsen. Dette vederlag forhøjes hver måned indtil den tredje måned efter tildelingen af kontrakten. Hvis den nye kontrakt-haver på dette tidspunkt stadig ikke har overtaget udførelsen af de alle udbudte tjenesteydelser, kan kontrakten ophæves.

Vurderingskriterierne

- 47 Indledningsvis bemærkes, at selv om det er åbenbart, at direktiv 92/50 finder anvendelse på de omtvistede udbud, må det fastslås, at den tjenesteydelse, som er omhandlet i den foreliggende sag, er opført på bilag I B til direktivet. I henhold til direktivets artikel 9 er det kun artikel 14 og 16 samt de almindelige principper i

afsnit I, herunder artikel 3, stk. 2, som den forelæggende ret har henvist til, samt de afsluttende bestemmelser i direktivets afsnit VII, der finder anvendelse på disse tjenesteydelser. Artikel 14 omhandler de fælles regler på det tekniske område og artikel 16 meddelelser om resultaterne af udbudsproceduren.

48 På denne baggrund — og for at give de nationale retsinstanser et fyldestgørende svar — bør det præciseres, at de anfægtede forhold i de omtvistede udbud i alle tilfælde ikke er omfattet af afsnit VI, kapitel 3, i direktiv 92/50, hvilket kapitel har overskriften »Kriterier for tildeling af ordren«, eller af de heri fastsatte begrænsninger.

49 Endvidere bemærkes, at vurderingskriterierne som enhver national foranstaltning skal overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling, således som dette kan udledes af traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser, og at begrænsningerne heri skal opfylde de fire betingelser, der er opstillet i den i denne doms præmis 25 citerede retspraksis.

50 Som det er blevet præciseret i denne doms præmis 34, tilkommer det den nationale ret at efterprøve, om disse betingelser er opfyldt i den sag, der verserer for den, idet den herved skal tage de i de følgende præmisser præciserede forhold i betragtning.

51 For så vidt angår anvendelsen uden forskelsbehandling af kriteriet om tildeling af yderligere point, hvis den bydende råder over offentligt tilgængelige forretningslokaler i bestemte byer i den provins, hvor tjenesteydelsen skal udføres, bemærkes som i forbindelse med adgangsbetingelsen, at dette kriterium som sådant finder anvendelse uden forskel på enhver virksomhed, der påtænker at afgive bud.

- 52 I øvrigt ligger det fast, jf. denne doms præmis 40, at de anfægtede forhold i de omtvistede udbud alle indgik i udbuddet for at sikre en bedre beskyttelse af patienternes liv og helbred. Insalud har i øvrigt forklaret, at disse forhold nærmere bestemt skulle løse problemerne med forsyning af ilt og drift af udstyret samt sikre en tilfredsstillende udførelse af den omhandlede tjenesteydelse, uden at patienten påføres unødvendige forsinkelser eller skader.
- 53 Dernæst skal det efterprøves, om dette kriterium er egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, der forfølges, men ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette.
- 54 På dette punkt har Kommissionen gentaget de argumenter, den gjorde gældende i forbindelse med adgangsbetingelsen, dvs. at det er unødvendigt og urimeligt at stille krav om rådighed over sådanne forretningslokaler før udførelsen af kontrakten. Contse har erkendt, at et sådant kriterium, i betragtning af formålet, som er at hjælpe patienterne, kan anses for at være i overensstemmelse med det forfulgte formål, men har vurderet, at en simpel kontraktlig forpligtelse til at etablere sådanne lokaler i tilfælde af tildeling af kontrakten ville have været tilstrækkelig til at opfylde dette formål. Hverken Insalud eller den spanske regering har udtalt sig særligt om dette vurderingskriterium.
- 55 Det skal til dette spørgsmål, som det blev præciseret i denne doms præmis 43, bemærkes, at selv hvis det antages, at tilstedeværelsen af sådanne forretningslokaler kan anses for egnet til at sikre patienternes helbred, er kravet om rådighed over sådanne lokaler allerede på tidspunktet for afgivelsen af budet åbenbart uforholdsmæssigt, så meget desto mere fordi minimumsbetingelserne som anført i denne doms præmis 45 allerede stiller krav om oprettelse af en teknisk supportfunktion.

- 56 For så vidt angår de vurderingskriterier, hvorefter den bydende skal eje bestemte anlæg til produktion, forarbejdning og påfyldning af ilt, der ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra den provins, hvor tjenesteydelsen skal udføres, skal det efterprøves, om disse kriterier, selv om de anvendes ensartet på alle virksomheder, reelt i særlig grad favoriserer de virksomheder, der allerede er etableret i Spanien.
- 57 Til forskel fra kravet om rådighed over forretningslokaler, der i sagens natur kan opfyldes gentagne gange, dvs. hver gang tildelingen af en kontrakt gør det nødvendigt, nødvendiggør kravet om, at den bydende ejer et anlæg til produktion, forarbejdning og påfyldning, en langt mere byrdefuld investering, som normalt kun foretages én gang. Sidstnævnte kriterium er efter sin karakter vanskeligt at opfylde, hvis den bydende ikke allerede ejer sådanne anlæg. Den omstændighed, at der ikke alene kræves adgang, men også ejerskab til de pågældende anlæg, styrker kun den opfattelse, at kriteriet reelt skal fastholde status quo.
- 58 Det er derfor kun de virksomheder, der allerede ejer sådanne anlæg i eller uden for Spanien, men altid inden for en radius af 1 000 kilometer fra den pågældende provins, der kan få tildelt point efter disse kriterier.
- 59 Yderligere gælder, at selv om det geografiske område, der ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra de pågældende provinser, dvs. Cáceres og Badajoz, ud over det spanske område omfatter hele Portugal, er kun en del af Frankrig omfattet, og næsten alle medlemsstaterne udelukket, således at de anlæg, der — som i den foreliggende sag — ligger i Belgien eller i Italien, er uden for den fastsatte radius.

- 60 Som det blev præciseret i denne doms præmis 37, gælder det, at hvis de nationale retsinstanser finder, at et kriterium i praksis nemmere kan opfyldes af de spanske erhvervsdrivende end af dem, der er etableret i en anden medlemsstat, tilsidesætter kriteriet princippet om, at den nationale foranstaltning skal finde anvendelse uden forskelsbehandling (jf. dommen i sagen Gambelli m.fl., præmis 71).
- 61 Under alle omstændigheder bemærkes, at selv om forsyningssikkerheden kan være et af de kriterier, der skal tages i betragtning ved udvælgelsen af det økonomisk mest fordelagtige bud i forbindelse med en tjenesteydelse som den i hovedsagen omhandlede, hvis formål er at beskytte personers liv og helbred, ved at stille krav om en omfattende egenproduktion, der er tæt på anvendelsesstedet (jf. analogt dom af 28.3.1995, sag C-324/93, Evans Medical og Macfarlan Smith, Sml. I, s. 563, præmis 44), forekommer disse kriterier i det foreliggende tilfælde af flere årsager ikke egnede til at opnå det formål, der forfølges.
- 62 For det første bemærkes, at selv om den spanske regering med rette har anført, at ethvert valg af afstand eller transporttidsenheder er vilkårligt, må det fastslås, at det 1 000 kilometer-kriterium, der er fastsat i det foreliggende tilfælde, forekommer uegnet til at sikre virkeliggørelsen af det omhandlede formål.
- 63 Den spanske regering har således ikke fremlagt noget, der støtter dens argumentation, hvorefter risikoen for forsinkelser, der stiger forholdsmæssigt med den afstand, der skal tilbagelægges, er lille, takket være den kontrol, medlemsstatens myndigheder kan foretage i tilfælde af problemer, der er opstået på dens område. Dette argument kan således ikke tiltrædes.
- 64 Endvidere bemærkes, og selv hvis det antages, at passagen over De Europæiske Fællesskabers interne grænser som frygtet af den spanske regering forårsager forsinkelser, er radiussen på 1 000 kilometer, i det omfang den går ud over de spanske grænser, ikke egnet til at opnå dette formål.

- 65 For det andet har Kommissionen anført, at den ilt, der fremstilles i produktionsanlæggene, leveres til forgasningscentre for at blive fyldt på flasker, og at der på disse centre findes et sikkerhedslager af fyldte flasker, der i tilfælde af havari, teknisk stop eller nødstilfælde er tilstrækkeligt til at sikre forsyningen med ilt i mindst 15 dage.
- 66 Følgelig bemærkes, som også Contse har anført, at produktionsanlæggenes nærhed ikke sikrer virkeliggørelsen af forsyningssikkerhedsformålet. Det tilkommer de nationale retsinstanter at efterprøve, om noget andet gør sig gældende for så vidt angår anlæg til forarbejdning og påfyldning af ilt.
- 67 Den praksis, virksomhederne har fulgt, bekræfter i øvrigt, at der findes midler til at nå det forfulgte formål, dvs. sikkerhed for, at gas til medicinsk brug er til rådighed tæt på anvendelsesstedet, der er mindre restriktive for den frie udveksling af tjenesteydelser. Som Kommissionen og Contse har anført, består disse i ved tildelingen af yderligere point at prioritere oplagringsdepoter med et lager af gas, der — i dette tilfælde i en bestemt periode — skal kompensere for eventuelle afbrydelser eller svingninger i transporten fra fremstillings- eller påfyldningsanlæg.
- 68 Til sidst bemærkes, for så vidt som Kommissionen og Contse har kritiseret den betydning, der er tillagt ejerskab til fremstillingsanlæg, at de ordregivende myndigheder ikke alene frit kan vælge kriterierne for tildeling af kontrakten, men også kan fastlægge deres vægt, for så vidt som vægtningen muliggør en samlet vurdering af de valgte kriterier med henblik på at udvælge det økonomisk mest fordelagtige bud (jf. i samme retning dom af 4.12.2003, sag C-448/01, EVN og Wienstrom, Sml. I, s. 14527, præmis 39). Det ville ikke forholde sig anderledes, hvis den pågældende tjenesteydelse hørte under bilag I B til direktiv 92/50, hvilket kunne være tilfældet for de omhandlede kontrakter, og følgelig var omfattet af mindre restriktive regler for indgåelse af kontrakter.

- 69 Det bør dog fastslås, at det kriterium vedrørende fremstillingsanlæggene, som er omhandlet i hovedsagen, ikke vedrører den ydelse, der er genstand for kontrakten, dvs. levering til hjemmet af ilt til terapeutisk brug, og heller ikke mængden af gas, der skal fremstilles, men derimod den maksimale produktionskapacitet i de anlæg, der ejes af den bydende, for så vidt som de yderligere point tildeles, for hver gang en af de tre tærskler for samlet årlig produktion overskrides.
- 70 Følgelig kan de vurderingskriterier, der i den foreliggende sag vedrører tildeling af yderligere point for en stadigt stigende produktionskapacitet, ikke anses for at være knyttet til kontraktens formål, og endnu mindre som egnede til at sikre virkeliggørelsen heraf (jf. analogt EVN og Wienstrom-dommen, præmis 68).
- 71 Endelig bemærkes, at selv hvis det antages, at det er hensynet til forsynings-sikkerheden, der ligger til grund for kriterierne, og at de følgelig er knyttet til det formål, der forfølges med de omtvistede udbud og egnede til at virkeliggøre dette, kan man ikke gyldigt gøre de bydendes evne til at levere den størst mulige mængde til et kriterium for tildeling (jf. i samme retning EVN og Wienstrom-dommen, præmis 70).
- 72 I den forbindelse bemærkes, at det i de omtvistede udbud som en betingelse for at kunne afgive et bud er bestemt, at den bydende skal råde over mere end én fremstillings- og påfyldningskilde og være i stand til at producere mindst 400 000 m³ årligt for så vidt angår udbuddet vedrørende Cáceres- provinsen, og 550 000 m³ årligt for så vidt angår udbuddet vedrørende Badajoz- provinsen. Det fremgår af sagsakterne, at disse værdier repræsenterer henholdsvis omkring 75% og 80% af det påregnede forbrug for den omhandlede kontrakts første år.

- 73 Herudover bemærkes, at den første af de tre tærskler, der er fastsat i de omtvistede udbud, dvs. en samlet årlig produktion for hver af kontrakterne på henholdsvis mindst 800 000 m³ og mindst 1 000 000 m³, hvis overskridelse i begge tilfælde medfører tildeling af 1,3 point, svarer til en mængde, der overstiger det samlede forventede forbrug for den omhandlede kontrakts fjerde og sidste år. Derfor kan en samlet årlig produktionskapacitet af denne størrelse i givet fald anses for nødvendig for at nå det formål, som nævnt i denne doms præmis 71, nemlig at sikre forsyningsikkerheden.
- 74 De vurderingskriterier, der her undersøges, går imidlertid ud over det, som er nødvendigt. Det tildeles nemlig yderligere 1,3 point, hvis en samlet årlig produktionstærskel på henholdsvis mindst 1 200 000 m³ og mindst 1 500 000 m³ overskrides, samt yderligere 2 point, hvis produktionen er på henholdsvis mindst 1 600 000 m³ og mindst 2 000 000 m³.
- 75 Det er værd at bemærke, at de sidstnævnte værdier, der udgør den tredje tærskel for samlet årlig produktion, hver gang svarer til det dobbelte af værdien for den første tærskel, som er omhandlet i denne doms præmis 73.
- 76 Det følger heraf, at i det omfang der tildeles de bydende, som har en produktionskapacitet, der langt overstiger det i de omtvistede udbud forventede forbrug, et maksimalt antal point, selv om den første tærskel allerede synes passende til så vidt muligt at sikre forsyningen af gas, er de i den foreliggende sag anvendte vurderingskriterier uforenelige med de i fællesskabsbestemmelserne fastsatte krav på området for så vidt angår tildelingen af yderligere point for at overskride den anden eller tredje tærskel for samlet årlig produktion (jf. analogt EVN og Wienstrømmen, præmis 71).
- 77 Endelig bemærkes for så vidt angår den måde, hvorpå der vælges mellem to bydende med samme antal point, at det benyttede tildelingskriterium kun finder anvendelse i

tilfælde af lighed, ikke alene samlet set, men også teknisk, mellem de to bud med samme antal point, og at det i så fald er den bydende, der tidligere udførte tjenesteydelsen, som skal foretrækkes.

- 78 De ovenfor anførte betingelser gælder også for et sådant kriterium. Det er udtryk for forskelsbehandling, når der automatisk og endeligt træffes afgørelse til fordel for den erhvervsdrivende, der allerede er til stede på det omhandlede marked.
- 79 Det følger af ovenstående overvejelser, at artikel 49 EF er til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsmaterialet for en offentlig kontrakt om udførelse af sundhedsmæssige tjenesteydelser vedrørende åndedrætsterapi i hjemmet og andre metoder til understøttet respiration fastsætter dels en adgangsbetingelse, hvorefter den bydende virksomhed på tidspunktet for afgivelsen af budet skal råde over offentligt tilgængelige forretningslokaler i den provinshovedstad, hvor tjenesteydelsen skal udføres, dels vurderingskriterier for buddene, der gennem tildeling af yderligere point præmierer tilstedeværelsen på tidspunktet for afgivelsen af budet af anlæg til produktion, forarbejdning og påfyldning af ilt, der ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra den pågældende provins, eller offentligt tilgængelige forretningslokaler i bestemte byer i denne provins, og som i tilfælde af lighed mellem flere bud favoriserer den virksomhed, der tidligere har udført den omhandlede tjenesteydelse, såfremt disse forhold anvendes diskriminerende, ikke er begrundet i tvingende almene hensyn, ikke er egnede til at sikre virkeliggørelsen af formålet eller går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål, hvilket det tilkommer den nationale dommer at efterprøve.

Sagens omkostninger

- 80 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Tredje Afdeling) for ret:

Artikel 49 EF er til hinder for, at en ordregivende myndighed i udbudsmaterialet for en offentlig kontrakt om udførelse af sundhedsmæssige tjenesteydelser vedrørende åndedrætsterapi i hjemmet og andre metoder til understøttet respiration fastsætter dels en adgangsbetingelse, hvorefter den bydende virksomhed på tidspunktet for afgivelsen af budet skal råde over offentligt tilgængelige forretningslokaler i den provinshovedstad, hvor tjenesteydelsen skal udføres, dels fastsætter vurderingskriterier for buddene, der gennem tildeling af yderligere point præmierer tilstedeværelsen på tidspunktet for afgivelsen af budet af anlæg til produktion, forarbejdning og påfyldning af ilt, der ligger inden for en radius af 1 000 kilometer fra den pågældende provins, eller offentligt tilgængelige forretningslokaler i bestemte byer i denne provins, og som i tilfælde af lighed mellem flere bud favoriserer den virksomhed, der tidligere har udført den omhandlede tjenesteydelse, såfremt disse forhold anvendes diskriminerende, ikke er begrundet i tvingende almene hensyn, ikke er egnede til at sikre virkeliggørelsen af formålet eller går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå dette formål, hvilket det tilkommer den nationale dommer at efterprøve.

Underskrifter