

CONTSE κ.λπ.

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (τρίτο τμήμα)
της 27ης Οκτωβρίου 2005 *

Στην υπόθεση C-234/03,

με αντικείμενο αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δυνάμει του άρθρου 234 ΕΚ, που υπέβαλε το Audiencia Nacional (Ισπανία) με απόφαση της 16ης Απριλίου 2003, η οποία περιήλθε στο Δικαστήριο στις 2 Ιουνίου 2003, στο πλαίσιο της διαδικασίας

Contse SA,

Vivisol Srl,

Oxigen Salud SA

κατά

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

* Γλώσσα διαδικασίας: η ισπανική.

παρισταμένων των:

Air Liquide Medicinal SL,

Sociedad Española de Carburos Metálicos SA,

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (τρίτο τμήμα),

συγκείμενο από τους Α. Rosas (εισηγητή), πρόεδρο τμήματος, J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr και U. Løhmus, δικαστές,

γενική εισαγγελέας: C. Stix-Hackl
γραμματέας: M. Ferreira, κύρια υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της επ' ακροατηρίου συζητήσεως της 19ης Ιανουαρίου 2005,

λαμβάνοντας υπόψη τις παρατηρήσεις που υπέβαλαν:

— οι εταιρίες Contse SA, Vivisol Srl και Oxigen Salud SA, εκπροσωπούμενες από τους R. García-Palencia και C. Urda Serrano, abogados,

- το Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), πρώην Instituto Nacional de la Salud (Insalud), εκπροσωπούμενο από τους M. Gómez Montes, procurador, και J.-M. Pérez-Gómez, abogado,

- η Ισπανική Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον S. Ortiz Vaamonde,

- η Αυστριακή Κυβέρνηση, εκπροσωπούμενη από τον M. Fruhmann,

- η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, εκπροσωπούμενη από τους G. Valero Jordana και K. Wiedner,

κατόπιν της απόφασεως που έλαβε, αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα, να εκδικάσει την υπόθεση χωρίς ανάπτυξη προτάσεων,

εκδίδει την ακόλουθη

Απόφαση

¹ Η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως αφορά την ερμηνεία των άρθρων 12 ΕΚ, 43 επ. ΕΚ, 49 επ. ΕΚ, καθώς και του άρθρου 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 18ης Ιουνίου 1992, για τον συντονισμό των διαδικασιών σύναψης δημόσιων συμβάσεων υπηρεσιών (ΕΕ L 209, σ. 1).

- 2 Η αίτηση αυτή υποβλήθηκε στο πλαίσιο διαφοράς μεταξύ των εταιριών Contse SA (στο εξής: Contse), Vivisol Srl και Oxigen Salud SA (οι οποίες αποτελούν έναν προσωρινό όμιλο επιχειρήσεων με εγκαταστάσεις παραγωγής οξυγόνου στην Ιταλία και στο Βέλγιο, στο εξής: προσφεύγουσες της κύριας δίκης) και του Instituto Nacional de la Salud (Εθνικού Ιδρύματος Υγείας, στο εξής: Insalud). Οι εν λόγω προσφεύγουσες άσκησαν προσφυγή κατά, αφενός, δύο διαγωνισμών που προκήρυξε το Insalud για τις υπηρεσίες κατ' οίκον θεραπευτικής αγωγής αναπνευστικών προβλημάτων και άλλων μεθόδων επιβοηθούμενης αναπνοής στις επαρχίες του Cáceres και της Badajoz, αντιστοίχως, και, αφετέρου, της αποφάσεως της Presidencia Ejecutiva de l'Insalud, της 10ης Ιουλίου 2000, με την οποία απορρίφθηκαν οι ενστάσεις κατά των εν λόγω διαγωνισμών.

Το νομικό πλαίσιο

- 3 Το άρθρο 12 ΕΚ ορίζει ότι, εντός του πεδίου εφαρμογής της Συνθήκης ΕΚ και με την επιφύλαξη των ειδικών διατάξεών της, απαγορεύεται κάθε διάκριση λόγω ιθαγενείας.
- 4 Τα άρθρα 43 ΕΚ και 49 ΕΚ αφορούν την ελευθερία εγκαταστάσεως και την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, αντιστοίχως. Οι διατάξεις αυτές αποτελούν ειδική έκφραση της αρχής της απαγορεύσεως των διακρίσεων.
- 5 Η οδηγία 92/50 περιλαμβάνει επίσης μια έκφραση της ίδιας αυτής αρχής στο άρθρο της 3, παράγραφος 2, το οποίο διευκρινίζει ότι οι αναθέτουσες αρχές πρέπει να μεριμνούν ώστε να μην υπάρχουν δυσμενείς διακρίσεις μεταξύ των διαφόρων παρεχόντων υπηρεσίες.

Τα πραγματικά περιστατικά και η διαφορά της κύριας δίκης

- 6 Με δύο αποφάσεις της 24ης Μαΐου 2000, το Insalud προκήρυξε διαγωνισμούς για την παροχή κατ' οίκον υπηρεσιών θεραπευτικής αγωγής αναπνευστικών προβλημάτων και άλλων μεθόδων επιβηθούμενης αναπνοής στις επαρχίες Cáceres και Badajoz, αντιστοίχως (στο εξής: επίδικοι διαγωνισμοί).
- 7 Η συγγραφή υποχρεώσεων, οι ειδικές διοικητικές ρήτρες και οι τεχνικές λεπτομέρειες των δύο αυτών διαγωνισμών προβλέπουν, αφενός, προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό και, αφετέρου, κριτήρια αξιολόγησης.
- 8 Οι προϋποθέσεις συμμετοχής στον διαγωνισμό, που δεν αποτελούν αντικείμενο εκτιμήσεως, πρέπει υποχρεωτικώς να πληρούνται κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς.
- 9 Συναφώς, προβλέπεται ότι η διαγωνιζόμενη επιχείρηση πρέπει να διαθέτει ένα τουλάχιστον γραφείο εξυπηρέτησεως του κοινού, το οποίο θα λειτουργεί οκτώ ώρες ημερησίως, πρωινές και απογευματινές ώρες, και πέντε ημέρες εβδομαδιαίως στην πρωτεύουσα της οικείας επαρχίας (στο εξής: προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό).
- 10 Από τη δικογραφία προκύπτει ότι τα κριτήρια αξιολόγησης αφορούν ορισμένα οικονομικά και τεχνικά χαρακτηριστικά, τα οποία βαθμολογούνται με μονάδες αξιολόγησης. Εν προκειμένω, δεδομένου του ανωτάτου ορίου βαθμολογίας των 140 μονάδων, οι 40 αφορούν το οικονομικό σκέλος της προσφοράς και οι 100 τα κριτήρια τεχνικής αξιολογήσεώς της.

- 11 Πέραν της υποβολής πιστοποιητικού ποιότητας (που βαθμολογείται με 20 μονάδες), οι τεχνικές λεπτομέρειες αντιστοιχούν σε διάφορες ενότητες: εξοπλισμοί (35 μονάδες), παροχή της υπηρεσίας (35 μονάδες), πληροφόρηση του ασθενούς (5 μονάδες) και έκθεση ελέγχου της παροχής (5 μονάδες).
- 12 Όσον αφορά τους «εξοπλισμούς», στο τμήμα που αφορά την παροχή οξυγόνου με φιάλη πεπιεσμένου αερίου ορίζεται ότι ένα ανώτατο όριο 4,6 μονάδων, καθοριζόμενο σε συνάρτηση με την ετήσια συνολική παραγωγή, χορηγείται στην περίπτωση στην οποία, κατά την υποβολή των προσφορών, υπάρχουν δύο τουλάχιστον εγκαταστάσεις παραγωγής οξυγόνου ιδιοκτησίας του διαγωνιζόμενου, οι οποίες βρίσκονται σε απόσταση μικρότερη των 1000 χιλιομέτρων από την επίμαχη επαρχία. Μισή μονάδα χορηγείται επίσης για την ύπαρξη, κατά την υποβολή των προσφορών, αφενός, μίας τουλάχιστον εγκαταστάσεως συσκευασίας φιαλών και, αφετέρου, μίας τουλάχιστον εγκαταστάσεως εμφιαλώσεως οξυγόνου, οι οποίες πρέπει να ανήκουν στον διαγωνιζόμενο και να βρίσκονται, σε κάθε περίπτωση, σε απόσταση μικρότερη των 1000 χιλιομέτρων από την επίμαχη επαρχία.
- 13 Όσον αφορά το τμήμα «παροχή υπηρεσίας», η ύπαρξη, κατά την υποβολή των προσφορών, γραφείων εξυπηρέτησεως του κοινού, τα οποία θα λειτουργούν οκτώ ώρες ημερησίως, πρωινές και απογευματινές ώρες, και πέντε ημέρες εβδομαδιαίως σε ορισμένες περιοχές της επίμαχης επαρχίας μπορεί να αποφέρει κατ' ανώτατο όριο επιπλέον 0,9 της μονάδας (0,3 της μονάδας για καθεμία από τις τρεις πόλεις που αναφέρουν οι επίδικες προκηρύξεις διαγωνισμού).
- 14 Το αντικείμενο της συμβάσεως ανατίθεται στον διαγωνιζόμενο που υπέβαλε την προσφορά με την υψηλότερη βαθμολογία. Σε περίπτωση ισοβαθμίας, υπερισχύει η προσφορά της επιχειρήσεως που παρείχε την ίδια υπηρεσία στο παρελθόν.

- 15 Οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης υπέβαλαν ενστάσεις κατά των επίδικων προκηρύξεων διαγωνισμών, οι οποίες απορρίφθηκαν στις 10 Ιουλίου 2000 με απόφαση της Presidencia Ejecutiva de l'Insalud.
- 16 Κατόπιν αυτού, οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης άσκησαν προσφυγή κατά της εν λόγω απόφασης καθώς και κατά των επίδικων προκηρύξεων διαγωνισμών ενώπιον του Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, το οποίο την απέρριψε με απόφαση της 20ής Σεπτεμβρίου 2001. Η απόφαση αυτή προσβλήθηκε με έφεση ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου.
- 17 Οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης, αφενός, υποστήριξαν ότι ορισμένα από τα στοιχεία των επίδικων προκηρύξεων διαγωνισμού, τα οποία περιγράφονται στις σκέψεις 8 έως 14 της παρούσας απόφασης (στο εξής: αμφισβητούμενα στοιχεία), παραβαίνουν τα άρθρα 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ, καθώς και το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50, και, αφετέρου, ζήτησαν από το αιτούν δικαστήριο να υποβάλει σχετικό ερώτημα στο Δικαστήριο.
- 18 Το Insalud υποστηρίζει ότι τα αμφισβητούμενα στοιχεία των επίδικων προκηρύξεων είναι σύννομα, στο μέτρο που η ιατρική φύση της επίδικης υπηρεσίας καθώς και η ιδιαίτερως ευάλωτη κατηγορία ασθενών που εξαρτώνται από αυτήν υποχρεώνουν τις αρμόδιες αρχές να εξασφαλίζουν την παροχή της υπηρεσίας ανά πάσα στιγμή, αλλά και να λαμβάνουν υπόψη και να αξιολογούν τις περιστάσεις οι οποίες δύνανται να μειώσουν τους κινδύνους που ενέχει κάθε ανθρώπινη δραστηριότητα, αναγνωρίζοντας πλεονέκτημα στην προσφορά που ελαχιστοποιεί τους εν λόγω κινδύνους.
- 19 Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, το Audiencia Nacional αποφάσισε να αναστείλει τη διαδικασία και να υποβάλει στο Δικαστήριο το ακόλουθο προδικαστικό ερώτημα:

«Απαγορεύεται από τα άρθρα 12 ΕΚ, 43 επ. ΕΚ και 49 επ. ΕΚ, καθώς και από το άρθρο 2, παράγραφος 3, της [οδηγίας 92/50], το να περιλαμβάνονται στις

προϋποθέσεις, στις ειδικές διοικητικές ρήτρες και στις τεχνικές προδιαγραφές που διέπουν τους δημόσιους διαγωνισμούς για κατ' οίκον θεραπευτική αγωγή αναπνευστικών προβλημάτων και για άλλες μεθόδους επιβοηθούμενης αναπνοής:

- 1) προαπαιτούμενα που εξαρτούν τη συμμετοχή των εταιριών στον διαγωνισμό από το αν διαθέτουν γραφεία εξυπηρέτησεως του κοινού στην επαρχία ή στην πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχονται οι υπηρεσίες και
 - α) ευνοούν τις προσφορές των εταιριών που διαθέτουν εγκαταστάσεις εντός ακτίνας 1 000 χιλιομέτρων από την πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχονται οι υπηρεσίες,
 - β) απαιτούν από τις εταιρίες να διαθέτουν κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς γραφεία εξυπηρέτησεως του κοινού σε συγκεκριμένες [περιοχές] της ίδιας επαρχίας ή
 - γ) απαιτούν από αυτές να ασκούν ήδη τις ως άνω δραστηριότητες;»
- 2) κριτήρια αναθέσεως, τα οποία

Το προδικαστικό ερώτημα

- 20 Με το ερώτημά του, το αιτούν δικαστήριο ερωτά, κατ' ουσίαν, αν τα άρθρα 12 ΕΚ, 43 ΕΚ και 49 ΕΚ καθώς και το άρθρο 3, παράγραφος 2, της οδηγίας 92/50 απαγορεύουν στην αναθέτουσα αρχή να προβλέψει, στη συγγραφή υποχρεώσεων συμβάσεως ιατρικών υπηρεσιών κατ' οίκον παροχής θεραπευτικής αγωγής αναπνευστικών προβλημάτων και άλλων μεθόδων επιβοηθούμενης αναπνοής, αφενός, προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό απαιτούσα από τη διαγωνιζόμενη επιχείρηση να διαθέτει, κατά την υποβολή της προσφοράς, γραφείο εξυπηρετήσεως του κοινού στην πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχεται η υπηρεσία και, αφετέρου, κριτήρια εκτιμήσεως των προσφορών τα οποία λαμβάνουν υπόψη, μέσω της χορηγήσεως επιπλέον μονάδων, την ύπαρξη, κατά το ίδιο χρονικό σημείο, εγκαταστάσεων παραγωγής, συσκευασίας και εμφιαλώσεως οξυγόνου εγκατεστημένων σε απόσταση μικρότερη των 1 000 χιλιομέτρων από την εν λόγω επαρχία, ή γραφείων εξυπηρετήσεως του κοινού σε άλλες περιοχές καθορισθείσες από την ίδια, και, σε περίπτωση ισοβαθμίας πλειόνων προσφορών, ευνοούν την επιχείρηση που παρείχε στο παρελθόν την επίδικη υπηρεσία.
- 21 Οι προσφεύγουσες της κύριας δίκης, η Επιτροπή των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων και η Αυστριακή Κυβέρνηση προτείνουν να δοθεί στο ερώτημα αυτό καταφατική απάντηση. Το Insalud και η Ισπανική Κυβέρνηση υποστηρίζουν την αντίθετη άποψη.
- 22 Καταρχάς, πρέπει να επισημανθεί ότι, αντιθέτως προς τους ισχυρισμούς της Ισπανικής Κυβερνήσεως, η υπόθεση της κύριας δίκης δεν αφορά σύμβαση για την ανάθεση της διαχειρίσεως μιας υπηρεσίας χαρακτηριζόμενη ως παραχώρηση, αλλά σύμβαση υπηρεσιών. Συγκεκριμένα, όπως επισήμανε το Insalud κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, οι ισπανικές διοικητικές αρχές εξακολουθούν να ευθύνονται για κάθε ζημία που προκλήθηκε λόγω παραβάσεως κατά την υπηρεσία. Το στοιχείο αυτό, από το οποίο προκύπτει ότι οι συνυφασμένοι με την παροχή της υπηρεσίας κίνδυνοι δεν μετατίθενται, καθώς και το γεγονός ότι η παροχή της υπηρεσίας συνδυάζεται με αμοιβή από τις αρμόδιες για θέματα υγείας ισπανικές αρχές συνηγορούν υπέρ της εν λόγω διαπιστώσεως. Ωστόσο, στο αιτούν δικαστήριο απόκειται να εξακριβώσει αν όντως συντρέχουν οι εν λόγω περιστάσεις.

- 23 Εν πάση περιπτώσει, δεδομένου ότι τα ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου στηρίζονται σε θεμελιώδεις κανόνες της Συνθήκης, οι εκτιμήσεις που ακολουθούν θα αποβούν χρήσιμες στο δικαστήριο αυτό, ακόμη και σε περίπτωση κατά την οποία πρόκειται περί παραχωρήσεως δημόσιας υπηρεσίας μη διεπομένης από την οδηγία 92/50. Συγκεκριμένα, οι συνέπειες του κοινοτικού δικαίου που αφορούν τη σύναψη τέτοιων συμβάσεων παραχωρήσεως πρέπει να εξετάζονται υπό το πρίσμα του πρωτογενούς δικαίου και, ειδικότερα, των θεμελιωδών ελευθεριών τις οποίες προβλέπει η Συνθήκη (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 21ης Ιουλίου 2005, C-231/03, Coname, Συλλογή 2005, σ. I-7287, σκέψη 16).
- 24 Αυτοί οι θεμελιώδεις κανόνες που επικαλείται το αιτούν δικαστήριο εμπίπτουν σε δύο κατηγορίες. Πρόκειται, αφενός, για τα άρθρα 43 επ. ΕΚ που αφορούν την ελευθερία εγκαταστάσεως και, αφετέρου, για τα άρθρα 49 επ. ΕΚ που αφορούν την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών.
- 25 Επιβάλλεται η υπενθύμιση, στην οποία προέβησαν εξάλλου όλα τα μέρη που κατέθεσαν παρατηρήσεις ενώπιον του Δικαστηρίου, ότι, εξαιρουμένου του άρθρου 46 ΕΚ, τα εθνικά μέτρα που ενδέχεται να παρακωλύσουν ή να καταστήσουν λιγότερο ελκυστική την άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών που διασφαλίζει η Συνθήκη πρέπει, κατά πάγια νομολογία, να πληρούν τέσσερις προϋποθέσεις: να εφαρμόζονται κατά τέτοιο τρόπο ώστε να μην εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις, να δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, να είναι κατάλληλα για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού και να μην είναι δεσμευτικά πέραν του βαθμού που είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού αυτού (βλ. αποφάσεις της 31ης Μαρτίου 1993, C-19/92, Kraus, Συλλογή 1993, σ. I-1663, σκέψη 32, της 30ής Νοεμβρίου 1995, C-55/94, Gebhard, Συλλογή 1995, σ. I-4165, σκέψη 37, και της 6ης Νοεμβρίου 2003, C-243/01, Gambelli κ.λπ., Συλλογή 2003, σ. I-13031, σκέψεις 64 και 65).
- 26 Συνεπώς, πρέπει να εξεταστεί αν τα αμφισβητούμενα στοιχεία των επίδικων προκηρύξεων ενδέχεται να παρακωλύσουν ή να καταστήσουν λιγότερο ελκυστική

την άσκηση από επιχειρήσεις μη εγκατεστημένες στην Ισπανία των θεμελιωδών ελευθεριών που διασφαλίζει η Συνθήκη.

27 Στο μέτρο που τα στοιχεία αυτά δεν αποτελούν εμπόδια στην εγκατάσταση των επιχειρήσεων εντός της ισπανικής επικράτειας, επιβάλλεται το συμπέρασμα, πρώτον, ότι, εν προκειμένω, δεν υφίσταται κανένας περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως.

28 Δεύτερον, πρέπει να εξετασθεί αν τα εν λόγω στοιχεία συνιστούν περιορισμό της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών.

29 Συναφώς, είναι γεγονός ότι το Insalud είναι ο κύριος αποδέκτης των επίδικων υπηρεσιών, δεδομένου ότι το 90 % της ζήτησης για κατ' οίκον θεραπείες αναπνευστικών προβλημάτων προέρχεται από τον δημόσιο τομέα. Επομένως, ορθώς η Επιτροπή επισημαίνει ότι η προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό επιβαρύνει τις επιχειρήσεις με σειρά εξόδων, των οποίων η απόσβεση θα καταστεί δυνατή μόνον αν τους ανατεθεί το έργο, με αποτέλεσμα να καθίσταται σαφώς λιγότερο ελκυστική η προσφορά τους. Το ίδιο ισχύει για το κριτήριο εκτιμήσεως βάσει του οποίου χορηγούνται επιπλέον μονάδες, αν υπάρχει ήδη γραφείο εξυπηρετήσεως του κοινού στις πόλεις που προβλέπουν οι προκηρύξεις διαγωνισμού.

30 Όσον αφορά τα κριτήρια εκτιμήσεως που αφορούν τις εγκαταστάσεις παραγωγής, συσκευασίας και εμφιαλώσεως οξυγόνου, γίνεται δεκτό ότι η προσφορά μιας επιχειρήσεως θα μπορούσε να παρακωλυθεί, αν η επιχείρηση αυτή δεν διαθέτει τέτοιες εγκαταστάσεις εντός της προβλεπόμενης αποστάσεως των 1 000 χιλιομέτρων.

- 31 Τέλος, το ότι ο τρόπος επιλογής μεταξύ δύο διαγωνιζομένων που ισοβαθούν ευνοεί την επιχείρηση που είναι ήδη εγκατεστημένη στην επίδικη ισπανική αγορά αποτελεί στοιχείο ικανό να καταστήσει λιγότερο ελκυστική την προσφορά κάθε άλλης επιχειρήσεως, ιδίως λόγω της μεγάλης ομοιομορφίας της αγοράς.
- 32 Συγκεκριμένα, από τη δικογραφία προκύπτει ότι η ισπανική αγορά αερίου για ιατρική χρήση ελέγχεται κατά το 97 % από τέσσερις πολυεθνικές εταιρίες. Επιπλέον, όπως επισήμανε η Contse χωρίς να αντικρουστεί επ' αυτού, δεν είναι δυνατό να υπάρχουν μεγάλες διαφορές μεταξύ των συμμετεχόντων όσον αφορά τον αριθμό των μονάδων που χορηγούνται για τα τεχνικά ζητήματα, διότι όλοι οι διαγωνιζόμενοι χρησιμοποιούν παρόμοιο τεχνικό εξοπλισμό, ο οποίος προέρχεται από δύο ή τρεις επιχειρήσεις.
- 33 Συνεπώς, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι τα αμφισβητούμενα στοιχεία των επίδικων προκηρύξεων δύνανται να παρακωλύσουν ή να καταστήσουν λιγότερο ελκυστική την άσκηση της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, όπως διασφαλίζεται με τη Συνθήκη. Ως εκ τούτου, πρέπει να εξακριβωθεί αν καθένα από τα αμφισβητούμενα στοιχεία πληροί τις τέσσερις προϋποθέσεις που προκύπτουν από την αναφερόμενη στη σκέψη 25 της παρούσας αποφάσεως νομολογία.
- 34 Στο πλαίσιο της κατανομής αρμοδιοτήτων μεταξύ των κοινοτικών και των εθνικών δικαστηρίων, στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εξακριβώσει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτές στην υπόθεση που εκκρεμεί ενώπιόν του. Βεβαίως, το Δικαστήριο, αποφαινόμενο επί προδικαστικής παραπομπής, μπορεί, ενδεχομένως, να παράσχει διευκρινίσεις προκειμένου να καθοδηγήσει το εθνικό δικαστήριο στην ερμηνεία του (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 2002, C-79/01, Raygoil κ.λπ., Συλλογή 2002, σ. I-8923, σκέψεις 28 και 29). Προς τούτο, και προς απάντηση στα ερωτήματα του αιτούντος δικαστηρίου, σ' αυτό απόκειται να λάβει υπόψη τα στοιχεία για τα οποία γίνεται λόγος στις ακόλουθες σκέψεις.

Η προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό

- 35 Πρώτον, το εθνικό μέτρο πρέπει να εφαρμόζεται κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να μη δημιουργεί δυσμενείς διακρίσεις.
- 36 Συναφώς, κατά τη νομολογία του Δικαστηρίου, η αρχή της ίσης μεταχείρισης, της οποίας ειδική έκφραση αποτελεί το άρθρο 49 ΕΚ, δεν απαγορεύει μόνον τις εμφανείς διακρίσεις λόγω ιθαγενείας, αλλά και κάθε μορφή συγκεκαλυμμένης διακρίσεως, η οποία, μέσω της εφαρμογής άλλων κριτηρίων διακρίσεως, καταλήγει στην πράξη στο ίδιο αποτέλεσμα (βλ. αποφάσεις της 29ης Οκτωβρίου 1980, 22/80, Boussac Saint-Frères, Συλλογή τόμος 1980/III, σ. 375, σκέψη 9, και της 5ης Δεκεμβρίου 1989, C-3/88, Επιτροπή κατά Ιταλίας, Συλλογή 1989, σ. I-4035, σκέψη 8).
- 37 Μολοντί η προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό ισχύει αδιακρίτως για κάθε επιχείρηση που προτίθεται να μετάσχει στον επίμαχο διαγωνισμό, στο αιτούν δικαστήριο απόκειται να εξετάσει αν η προϋπόθεση αυτή πληρούται ευκολότερα από τους Ισπανούς επιχειρηματίες έναντι των επιχειρηματιών που είναι εγκατεστημένοι σε άλλα κράτη μέλη. Σε μια τέτοια περίπτωση, το κριτήριο αυτό παραβιάζει την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων (βλ., υπό την έννοια αυτή, προαναφερθείσα απόφαση Gambelli κ.λπ., σκέψη 71).
- 38 Επιβάλλεται, πάντως, να τονιστεί ότι, ελλείψει περιορισμών της ελευθερίας εγκαταστάσεως, το στοιχείο της υπάρξεως γραφείου εξυπηρετήσεως του κοινού στην πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχεται η υπηρεσία δεν αποτελεί σοβαρό κώλυμα για τους αλλοδαπούς επιχειρηματίες.

- 39 Δεύτερον, το εθνικό μέτρο πρέπει να δικαιολογείται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος.
- 40 Εν προκειμένω, είναι γεγονός ότι η προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό και τα άλλα αμφισβητούμενα στοιχεία των επίδικων προκηρύξεων σκοπούν στην προστασία της ζωής και της υγείας των ασθενών.
- 41 Τρίτον και τελευταίον, το εθνικό μέτρο πρέπει επίσης να ενδείκνυται για τη διασφάλιση της υλοποίησεως του στόχου τον οποίο επιδιώκει και δεν πρέπει να βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξή του μέτρου.
- 42 Επί του σημείου αυτού, η Επιτροπή και η Contse φρονούν ότι η προϋπόθεση περί της υπάρξεως, κατά την υποβολή της προσφοράς, γραφείου εξυπηρετήσεως του κοινού στην πρωτεύουσα της επίμαχης επαρχίας είναι απρόσφορη για την επίτευξη του προαναφερθέντος σκοπού της προστασίας της ζωής και της υγείας των ασθενών. Το Insalud φρονεί, αντιθέτως, ότι η ύπαρξη τέτοιου γραφείου συμβάλλει στην επίτευξη του εν λόγω σκοπού.
- 43 Ακόμη κι αν γίνει δεκτό ότι η ύπαρξη τέτοιου γραφείου μπορεί να διασφαλίσει την υγεία των ασθενών, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η προϋπόθεση της υπάρξεως του γραφείου αυτού κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς είναι προδήλως δυσανάλογη προς τον προαναφερθέντα σκοπό.
- 44 Πράγματι, δεν μπορεί να γίνει δεκτό το επιχείρημα της Ισπανικής Κυβερνήσεως ότι η επισήμανση ότι σκοπός μιας προκηρύξεως διαγωνισμού είναι να εξακριβωθεί

ποιες επιχειρήσεις διαθέτουν τα αναγκαία για την παροχή της επίδικης υπηρεσίας μέσα εξομοιώνει το γραφείο εξυπηρετήσεως του κοινού με οποιοδήποτε άλλο αναγκαίο για την παροχή της υπηρεσίας εξοπλισμό.

- 45 Συναφώς, η Επιτροπή ορθώς φρονεί ότι ένα τέτοιο γραφείο δεν αποτελεί ουσιώδες στοιχείο για την παροχή της επίδικης υπηρεσίας. Πράγματι, στα ελάχιστα προαπαιτούμενα συγκαταλέγεται η ύπαρξη υπηρεσίας τεχνικής υποστηρίξεως, διαθέσιμης 24 ώρες το 24ωρο και επτά ημέρες την εβδομάδα, η οποία θα συμβάλλει καταρχάς, με μέσα που περιορίζουν λιγότερο την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών, στην εκπλήρωση του επιδιωκόμενου εν προκειμένω σκοπού, ήτοι την αποτροπή του κινδύνου για τη ζωή ή την υγεία των ασθενών σε περίπτωση προβλήματος στη λειτουργία ή στη χρήση του εξοπλισμού.
- 46 Επιπλέον, όπως επισήμανε η Contse, προβλέπεται μεταβατική περίοδος, εφόσον παραστεί ανάγκη, κατά την οποία η επιχείρηση που παρείχε ήδη την επίδικη υπηρεσία μεταβιβάζει τη διαχείρισή της στη νέα αναθέτουσα αρχή, προκειμένου να εξασφαλισθεί η αδιάλειπτη περίθαλψη των ασθενών. Πρέπει να τονιστεί ότι, στην περίπτωση αυτή, η αναθέτουσα αρχή οφείλει να καταβάλει αμοιβή στην επιχείρηση που εξακολουθεί να παρέχει υπηρεσίες, βάσει συστήματος προβλεπομένου από τις ειδικές διοικητικές ρήτηρες της προκηρύξεως του διαγωνισμού. Το ύψος της αμοιβής αυξάνει μηνιαίως μέχρι τον τρίτο μήνα από την ανάθεση του έργου. Αν η νέα αναθέτουσα αρχή εξακολουθεί να μην έχει αναλάβει εξ ολοκλήρου τις απαιτούμενες υπηρεσίες, η σύμβαση μπορεί να λυθεί.

Τα κριτήρια εκτιμήσεως

- 47 Καταρχάς, πρέπει να υπομνησθεί ότι, μολονότι είναι γεγονός ότι η οδηγία 92/50 εφαρμόζεται, προφανώς, στις επίδικες προκηρύξεις διαγωνισμού, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η επίδικη στην παρούσα υπόθεση υπηρεσία περιλαμβάνεται στο παράρτημα I Β της οδηγίας αυτής. Βάσει του άρθρου 9 της οδηγίας, στις εν λόγω

υπηρεσίες εφαρμόζονται μόνον τα άρθρα 14 και 16 της οδηγίας, καθώς και οι γενικές διατάξεις του τίτλου I, συμπεριλαμβανομένου του άρθρου 3, παράγραφος 2, την οποία επικαλείται το εθνικό δικαστήριο, και οι τελικές διατάξεις του τίτλου VII της ίδιας αυτής οδηγίας. Το εν λόγω άρθρο 14 αφορά τους γενικής εφαρμογής τεχνικούς κανόνες και το εν λόγω άρθρο 16 τις γνωμοδοτήσεις επί των αποτελεσμάτων της διαδικασίας βαθμολογήσεως.

48 Συνεπώς, για να δοθεί χρήσιμη απάντηση στο εθνικό δικαστήριο, πρέπει να διευκρινιστεί ότι τα αμφισβητούμενα στοιχεία των επίδικων προκηρύξεων δεν εμπίπτουν, εν πάση περιπτώσει, στο πεδίο εφαρμογής του κεφαλαίου 3 του τίτλου VI της οδηγίας 92/50, που τιτλοφορείται «Κριτήρια σύναψης των συμβάσεων», και των περιορισμών που προβλέπει.

49 Πρέπει, επίσης, να υπομνησθεί ότι τα κριτήρια εκτιμήσεως, όπως κάθε εθνικό μέτρο, πρέπει να τηρούν την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων, όπως απορρέει από τις διατάξεις της Συνθήκης περί ελεύθερης παροχής υπηρεσιών, και ότι οι περιορισμοί της αρχής αυτής πρέπει, με τη σειρά τους, να πληρούν τις τέσσερις προϋποθέσεις που έθεσε η προαναφερθείσα στη σκέψη 25 της παρούσας αποφάσεως νομολογία.

50 Όπως διευκρινίστηκε με τη σκέψη 34 της παρούσας αποφάσεως, στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εξακριβώσει ότι συντρέχουν οι προϋποθέσεις αυτές στην υπόθεση που εκκρεμεί ενώπιόν του, λαμβάνοντας υπόψη τα στοιχεία που διευκρινίζονται στις ακόλουθες σκέψεις.

51 Όσον αφορά, καταρχάς, την άνευ διακρίσεων εφαρμογή του κριτηρίου βάσει του οποίου χορηγούνται επιπλέον μονάδες αν ο διαγωνιζόμενος διαθέτει γραφεία εξυπηρετήσεως του κοινού σε ορισμένες πόλεις της επαρχίας στην οποία θα παρέχεται η υπηρεσία, το κριτήριο αυτό, όπως διευκρινίστηκε στο πλαίσιο της αναλύσεως της προϋποθέσεως συμμετοχής στον διαγωνισμό, εφαρμόζεται αδιακρίτως σε κάθε επιχείρηση που επιθυμεί να υποβάλει προσφορά.

- 52 Εξάλλου, όπως επισημάνθηκε με τη σκέψη 40 της παρούσας αποφάσεως, είναι γεγονός ότι τα αμφισβητούμενα στοιχεία των επίδικων προκηρύξεων περιελήφθησαν εξ ολοκλήρου στην προκήρυξη, προκειμένου να διασφαλίσουν αποτελεσματικότερα τη ζωή και την υγεία των ασθενών. Το Insalud εξηγεί, επίσης, ότι τα στοιχεία αυτά αποβλέπουν, ειδικότερα, στην επίλυση των προβλημάτων παροχής οξυγόνου και λειτουργίας του εξοπλισμού και στην εξασφάλιση της προσήκουσας παροχής της επίμαχης υπηρεσίας, χωρίς άσκοπες καθυστερήσεις και ζημίες σε βάρος του ασθενούς.
- 53 Πρέπει, ακολούθως, να εξακριβωθεί αν το εν λόγω κριτήριο μπορεί όντως να συμβάλει στην επίτευξη του σκοπού αυτού, χωρίς να βαίνει πέραν του αναγκαίου προς τούτο μέτρου.
- 54 Συναφώς, η Επιτροπή επαναλαμβάνει τα επιχειρήματα που προέβαλε όσον αφορά την προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό, υποστηρίζει δηλαδή ότι το να πρέπει η επιχείρηση να διαθέτει τα εν λόγω γραφεία πριν από την εκτέλεση του έργου είναι άσκοπο και δυσανάλογο. Η Contse αναγνωρίζει ότι το κριτήριο αυτό, λαμβανομένης υπόψη της βουλήσεως περιθάλψης των ασθενών, θα μπορούσε να συνάδει προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, αλλά φρονεί ότι ο σκοπός αυτός θα είχε επιτευχθεί με μια απλή συμβατική δέσμευση όσον αφορά την εγκατάσταση των εν λόγω εγκαταστάσεων σε περίπτωση αναθέσεως του έργου. Ούτε το Insalud ούτε η Ισπανική Κυβέρνηση εξετάζουν ειδικώς το εν λόγω κριτήριο εκτιμήσεως.
- 55 Επί του ζητήματος αυτού, όπως διευκρινίστηκε με τη σκέψη 43 της παρούσας αποφάσεως, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι η ύπαρξη τέτοιων γραφείων μπορεί να θεωρηθεί ικανή να διασφαλίσει την υγεία των ασθενών, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι η προϋπόθεση της υπάρξεως του γραφείου αυτού κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς είναι προδήλως δυσανάλογη προς τον προαναφερθέντα σκοπό, κατά μείζονα λόγο λαμβανομένου υπόψη ότι στα ελάχιστα προαπαιτούμενα περιλαμβάνεται, όπως επισημάνθηκε με τη σκέψη 45 της παρούσας αποφάσεως, η ύπαρξη υπηρεσίας τεχνικής υποστηρίξεως.

- 56 Όσον αφορά τα κριτήρια εκτιμήσεως που αφορούν την ιδιοκτησία ορισμένων εγκαταστάσεων παραγωγής, συσκευασίας και εμφιαλώσεως οξυγόνου, οι οποίες πρέπει να βρίσκονται σε απόσταση 1 000 χιλιομέτρων από την επαρχία εντός της οποίας θα παρέχεται η υπηρεσία, επιβάλλεται να εξακριβωθεί αν τα κριτήρια αυτά, μολονότι εφαρμόζονται αδιακρίτως σε κάθε επιχείρηση, μπορούν πράγματι να ευνοήσουν τις εγκατεστημένες στην Ισπανία επιχειρήσεις.
- 57 Συγκεκριμένα, αντιθέτως προς την προϋπόθεση να διαθέτει η επιχείρηση γραφείο εξυπηρέτησεως του κοινού, η οποία, ως εκ της φύσεώς της, μπορεί να πληρούται πολλάκις, ακόμη και κάθε φορά που η ανάθεση του έργου το καθιστά αναγκαίο, η ύπαρξη εγκαταστάσεως παραγωγής, συσκευασίας ή εμφιαλώσεως που ανήκει στον διαγωνιζόμενο απαιτεί σημαντικότερη επένδυση, προκειμένου να μη χρειαστεί να επαναληφθεί. Λόγω της φύσεως του τελευταίου αυτού κριτηρίου, δεν είναι εύκολο να θεραπευθεί η έλλειψη των εν λόγω εγκαταστάσεων. Το ότι οι επίδικες εγκαταστάσεις δεν πρέπει να είναι απλώς διαθέσιμες, αλλά και ιδιόκτητες συνηγορεί υπέρ της απόψεως ότι το κριτήριο αυτό σκοπεύει, στην πραγματικότητα, στην ενίσχυση της ετοιμότητας.
- 58 Συνεπώς, η σχετική με τα εν λόγω κριτήρια βαθμολόγηση αφορά μόνον τις επιχειρήσεις που διαθέτουν τέτοιου είδους εγκαταστάσεις στην ισπανική επικράτεια, ή εκτός αυτής αλλά σε απόσταση μικρότερη των 1 000 χιλιομέτρων από την επίμαχη επαρχία.
- 59 Επιπλέον, μολονότι η γεωγραφική ζώνη βρίσκεται σε ακτίνα 1 000 χιλιομέτρων από τις επίμαχες επαρχίες, ήτοι από τις επαρχίες Cáceres και Badajoz, και περιλαμβάνει, πέραν του ισπανικού εδάφους, ολόκληρο το πορτογαλικό έδαφος, ωστόσο καλύπτει μέρος μόνον του γαλλικού εδάφους και αποκλείει το σύνολο σχεδόν των κρατών μελών, οπότε οι εγκαταστάσεις που, όπως εν προκειμένω, βρίσκονται στο Βέλγιο ή στην Ιταλία δεν εμπίπτουν στη συγκεκριμένη περιοχή.

- 60 Όπως διευκρινίστηκε με τη σκέψη 37 της παρούσας αποφάσεως, αν το εθνικό δικαστήριο κρίνει ότι είναι ευκολότερη στην πράξη η εκπλήρωση ενός κριτηρίου από τους Ισπανούς επιχειρηματίες έναντι των εγκατεστημένων σε άλλο κράτος μέλος επιχειρηματιών, το κριτήριο αυτό παραβιάζει την αρχή της απαγορεύσεως των διακρίσεων (βλ. προαναφερθείσα απόφαση Gambelli κ.λπ., σκέψη 71).
- 61 Εν πάση περιπτώσει, μολονότι η ασφάλεια του εφοδιασμού μπορεί να συγκαταλεγεί στα κριτήρια που λαμβάνονται υπόψη για τον προσδιορισμό της πλέον συμφέρουσας οικονομικώς προσφοράς στο πλαίσιο υπηρεσίας όπως η επίδικη της κύριας δίκης, η οποία σκοπεύει στην προστασία της ζωής και της υγείας του ατόμου προβλέποντας διαφοροποιημένη παραγωγή με εγκαταστάσεις πλησίον του τόπου καταναλώσεως (βλ., κατ' αναλογία, απόφαση της 28ης Μαρτίου 1995, C-324/93, Evans Medical και Macfarlan Smith, Συλλογή 1995, σ. I-563, σκέψη 44), επιβάλλεται η διαπίστωση ότι τα εν λόγω κριτήρια δεν συμβάλλουν, εν προκειμένω, στην επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού από πολλές απόψεις.
- 62 Πρώτον, μολονότι η Ισπανική Κυβέρνηση επισημαίνει ορθώς ότι οποιαδήποτε επιλογή όσον αφορά την απόσταση ή τον χρόνο μεταφοράς είναι αυθαίρετη, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το κριτήριο των 1 000 χιλιομέτρων που έγινε δεκτό εν προκειμένω δεν μπορεί να εξασφαλίσει την εκπλήρωση του εν λόγω σκοπού.
- 63 Αφενός, η Ισπανική Κυβέρνηση δεν προσκομίζει κανένα στοιχείο προς στήριξη του ισχυρισμού της ότι οι κίνδυνοι καθυστερήσεως που αυξάνουν σε συνάρτηση με την απόσταση που πρέπει να διανυθεί είναι μειωμένοι χάρη στον έλεγχο που μπορούν να ασκήσουν οι αρχές του εν λόγω κράτους μέλους σε περίπτωση προβλήματος που θα ανακύψει στο έδαφός του. Επομένως, το επιχείρημα αυτό δεν μπορεί να γίνει δεκτό.
- 64 Αφετέρου, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι η υπέρβαση των συνόρων της Ευρωπαϊκής Κοινότητας προκαλεί τις καθυστερήσεις που επικαλείται η Ισπανική Κυβέρνηση, η ακτίνα των 1 000 χιλιομέτρων, στο μέτρο που υπερβαίνει τα ισπανικά σύνορα, δεν είναι ικανή να εκπληρώσει τον επιδιωκόμενο σκοπό.

- 65 Δεύτερον, η Επιτροπή επισημαίνει, αφενός, ότι το οξυγόνο που παράγεται στις εγκαταστάσεις παραγωγής παραδίδεται στα κέντρα εξαερίωσης για να εμφιαλωθεί, και, αφετέρου, ότι στα κέντρα αυτά υπάρχει επαρκές απόθεμα ασφαλείας πλήρων φιαλών προς αντιμετώπιση περιπτώσεων βλάβης, παύσεως της λειτουργίας για τεχνικούς λόγους ή επείγουσας ανάγκης, προκειμένου να εξασφαλίζεται η προμήθεια οξυγόνου για δεκαπέντε τουλάχιστον ημέρες.
- 66 Συνεπώς, όπως επισημαίνει και η Contse, η εγγύτητα των εγκαταστάσεων παραγωγής δεν εξασφαλίζει την εκπλήρωση του επιδιωκόμενου σκοπού, ήτοι της ασφαλείας του ανεφοδιασμού. Στο εθνικό δικαστήριο απόκειται να εξακριβώσει αν το ίδιο ισχύει για τις εγκαταστάσεις συσκευασίας και εμφιαλώσεως οξυγόνου.
- 67 Η πρακτική την οποία οι επιχειρήσεις ομολογούν ότι εφαρμόζουν επιβεβαιώνει, εξάλλου, ότι υφίστανται λιγότερο περιοριστικά της ελεύθερης παροχής υπηρεσιών μέσα εκπληρώσεως του επιδιωκόμενου σκοπού, που συνίσταται στην ορισμένου βαθμού διαθεσιμότητα αερίου ιατρικής χρήσεως σε μικρή απόσταση από τον τόπο καταναλώσεως. Όπως επισήμαναν η Επιτροπή και η Contse, πρόκειται για την ενθάρρυνση, μέσω της χορηγήσεως επιπλέον μονάδων βαθμολογήσεως, της δημιουργίας αποθηκών φυλάξεως με απόθεμα αερίου προοριζόμενο να αντιμετωπίσει, αν παραστεί ανάγκη και για συγκεκριμένη περίοδο, προβλήματα από ενδεχόμενες θραύσεις ή αναταράξεις κατά τη μεταφορά από τις εγκαταστάσεις παραγωγής ή εμφιαλώσεως.
- 68 Τέλος, στο μέτρο που η Επιτροπή καθώς και η Contse διαφωνούν με την αυξημένη σημασία που αποδίδεται στην κατοχή εγκαταστάσεων παραγωγής, πρέπει να επισημανθεί ότι οι αναθέτουσες αρχές είναι ελεύθερες όχι μόνο να επιλέγουν τα κριτήρια αναθέσεως του έργου αλλά και να καθορίζουν τη βαρύτητά τους για την τελική εκτίμηση, καθόσον αυτή επιτρέπει τη συνθετική αξιολόγηση των εφαρμοσθέντων κριτηρίων, προκειμένου να προσδιοριστεί η πλέον συμφέρουσα από οικονομικής απόψεως προσφορά (βλ., υπό την έννοια αυτή, απόφαση της 4ης Δεκεμβρίου 2003, C-448/01, EVN και Wienstrom, Συλλογή 2003, σ. I-14527, σκέψη 39). Το ίδιο θα ίσχυε αν η επίδικη υπηρεσία ενέπιπτε στο πεδίο εφαρμογής του παραρτήματος I Β της οδηγίας 92/50, το οποίο θα μπορούσε να συμβεί με τις επίδικες συμβάσεις, και, ως εκ τούτου, διεπόταν από περιοριστικότερο καθεστώς συνάψεως συμβάσεως.

- 69 Επιβάλλεται η διαπίστωση ότι, στην υπόθεση της κύριας δίκης, το σχετικό με τις εγκαταστάσεις παραγωγής κριτήριο δεν αφορά την παροχή που αποτελεί αντικείμενο της συμβάσεως, ήτοι την κατ' οίκον προμήθεια οξυγόνου για θεραπευτικούς σκοπούς, ούτε την ποσότητα αερίου που θα παραχθεί, αλλά τη μέγιστη ικανότητα παραγωγής των εγκαταστάσεων που κατέχει η διαγωνιζόμενη επιχείρηση, στο μέτρο που προβλέπεται η χορήγηση επιπλέον μονάδων βαθμολογήσεως σε κάθε περίπτωση υπερβάσεως ενός από τα τρία ανώτατα όρια της ετήσιας συνολικής παραγωγής.
- 70 Ως εκ τούτου, δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι τα κριτήρια εκτιμήσεως που αφορούν, εν προκειμένω, τη χορήγηση επιπλέον μονάδων για τη διαρκώς αυξανόμενη ικανότητα παραγωγής συνδέονται με το αντικείμενο της συμβάσεως ούτε, κατά μείζονα λόγο, ότι είναι ικανά να εξασφαλίσουν την εκπλήρωσή της (βλ., κατ' αναλογία, προαναφερθείσα απόφαση EVN και Wienstrom, σκέψη 68).
- 71 Τέλος, ακόμη και αν γίνει δεκτό ότι τα εν λόγω κριτήρια υπαγορεύονται από την ανάγκη εξασφάλισης της ασφάλειας του ανεφοδιασμού και ότι, ως εκ τούτου, συνδέονται με τον σκοπό του διαγωνισμού και μπορούν να τον εκπληρώσουν, πρέπει να τονιστεί ότι δεν μπορεί βεβαίως να προβληθεί ως κριτήριο αναθέσεως του έργου η ικανότητα των διαγωνιζομένων να εξασφαλίζουν τη μέγιστη δυνατή ποσότητα προϊόντος (βλ., υπό την έννοια αυτή, προαναφερθείσα απόφαση EVN και Wienstrom, σκέψη 70).
- 72 Συναφώς, πρέπει να υπομνησθεί ότι οι επίδικες προκηρύξεις προβλέπουν, ως προϋποθέσεις υποβολής προσφοράς, ότι ο διαγωνιζόμενος πρέπει να διαθέτει περισσότερες από μία πηγές παραγωγής και εμφιαλώσεως και να έχει τη δυνατότητα να παράγει τουλάχιστον 400 000 m³ ετησίως, όσον αφορά την επαρχία Cáceres, και 550 000 m³ ετησίως, όσον αφορά την επαρχία Badajoz. Από τη δικογραφία προκύπτει ότι οι τιμές αυτές αντιπροσωπεύουν περίπου το 75 και το 80 %, αντιστοίχως, της καταναλώσεως που προβλεπόταν για το πρώτο έτος της επίδικης συμβάσεως.

- 73 Επιπλέον, επιβάλλεται η επισήμανση ότι το πρώτο από τα τρία ανώτατα όρια που προβλέπουν οι επίδικες προκηρύξεις διαγωνισμού, ήτοι η συνολική ετήσια παραγωγή, για καθεμία από τις συμβάσεις, ύψους τουλάχιστον 800 000 m³ και 1 000 000 m³, αντιστοίχως, η υπέρβαση της οποίας συνεπάγεται, σε αμφότερες τις περιπτώσεις, τη χορήγηση 1,3 μονάδων, αντιπροσωπεύει ποσοστό ανώτερο της συνολικής καταναλώσεως που προβλεπόταν για το τέταρτο και τελευταίο έτος της επίδικης συμβάσεως. Συνεπώς, η ετήσια συνολική παραγωγή αυτού του επιπέδου θα μπορούσε, ενδεχομένως, να θεωρηθεί αναγκαία για την επίτευξη του προαναφερθέντος στη σκέψη 71 της παρούσας αποφάσεως στόχου, ήτοι της ασφάλειας του ανεφοδιασμού.
- 74 Ωστόσο, τα εξεταζόμενα κριτήρια εκτιμήσεως βαίνουν πέραν της ανάγκης αυτής. Συγκεκριμένα, 1,3 μονάδες χορηγούνται επίσης σε περίπτωση υπερβάσεως ενός ανώτατου ορίου ετήσιας συνολικής παραγωγής ύψους τουλάχιστον 1 200 000 m³ και 1 500 000 m³, αντιστοίχως, καθώς και 2 επιπλέον μονάδες αν αυτή η παραγωγή είναι της τάξεως των 1 600 000 m³ και 2 000 000 m³, αντιστοίχως.
- 75 Πρέπει να τονιστεί ότι οι τελευταίες αυτές τιμές, που αντιστοιχούν στο τρίτο ανώτατο όριο ετήσιας συνολικής παραγωγής, αντιπροσωπεύουν, σε κάθε περίπτωση, το διπλάσιο της αξίας του πρώτου ανωτάτου ορίου, το οποίο καθορίζεται στη σκέψη 73 της παρούσας αποφάσεως.
- 76 Συνεπώς, στο μέτρο που με τον μέγιστο αριθμό μονάδων βαθμολογούνται οι διαγωνιζόμενοι που διαθέτουν ικανότητα παραγωγής σημαντικά μεγαλύτερη από την προβλεπόμενη στο πλαίσιο των επίδικων προκηρύξεων κατανάλωση, ενώ το πρώτο ανώτατο όριο είναι κατάλληλο για να εξασφαλίσει, στο μέτρο του εφικτού, ορισμένου βαθμού διαθεσιμότητα αερίου, τα κριτήρια εκτιμήσεως που έγιναν δεκτά εν προκειμένω, όσον αφορά τη χορήγηση επιπλέον μονάδων σε περίπτωση υπερβάσεως του δευτέρου και του τρίτου ανώτατου ορίου ετήσιας συνολικής παραγωγής, δεν συνάδουν με τις επιταγές του κοινοτικού δικαίου στον συγκεκριμένο τομέα (βλ., κατ' αναλογία, προαναφερθείσα απόφαση EVN και Wienstrom, σκέψη 71).
- 77 Τέλος, όσον αφορά τον τρόπο επιλογής μεταξύ δύο διαγωνιζομένων που ισοβαθμούν, το κριτήριο εκτιμήσεως που χρησιμοποιήθηκε εφαρμόζεται μόνο στην

περίπτωση κατά την οποία δύο προσφορές που συγκεντρώνουν τον ίδιο αριθμό μονάδων είναι ισάξιες τόσο συνολικώς όσο και τεχνικώς και ευνοεί τον διαγωνιζόμενο που παρείχε στο παρελθόν την υπηρεσία.

- 78 Οι προαναφερθείσες προϋποθέσεις ισχύουν επίσης για το εν λόγω κριτήριο. Η αυτόματη και οριστική πρόκριση του επιχειρηματία που δραστηριοποιείται ήδη στην επίμαχη αγορά προκαλεί δυσμενή διάκριση.
- 79 Από τις ανωτέρω σκέψεις προκύπτει ότι το άρθρο 49 ΕΚ απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να προβλέπει, στη συγγραφή υποχρεώσεων δημόσιας συμβάσεως ιατρικών υπηρεσιών κατ' οίκον θεραπευτικής αγωγής αναπνευστικών προβλημάτων και επιβληθούμενης αναπνοής, αφενός, προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό υποχρεώνουσα τη διαγωνιζόμενη επιχείρηση να διαθέτει, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, γραφείο εξυπηρέτησεως του κοινού στην πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχεται η υπηρεσία και, αφετέρου, κριτήρια εκτιμήσεως των προσφορών τα οποία αναγνωρίζουν, μέσω της χορηγήσεως επιπλέον μονάδων, την ύπαρξη, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, εγκαταστάσεων παραγωγής, συσκευασίας και εμφιαλώσεως οξυγόνου σε απόσταση μικρότερη των 1000 χιλιομέτρων από την εν λόγω επαρχία, ή γραφείων εξυπηρέτησεως του κοινού σε άλλες περιοχές που καθορίζονται από την επαρχία αυτή, και που, σε περίπτωση ισοβαθμίας πλειόνων προσφορών, ευνοούν την επιχείρηση που παρείχε στο παρελθόν την επίμαχη υπηρεσία, στο μέτρο που τα στοιχεία αυτά δημιουργούν δυσμενείς διακρίσεις, δεν δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, δεν είναι ικανά να εξασφαλίσουν την εκπλήρωση του επιδιωκόμενου σκοπού ή βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την εκπλήρωσή του μέτρου, η δε εξακρίβωση των εκτιμήσεων αυτών απόκειται στον εθνικό δικαστή.

Επί των δικαστικών εξόδων

- 80 Δεδομένου ότι η διαδικασία έχει ως προς τους διαδίκους της κύριας δίκης τον χαρακτήρα παρεμπίπτοντος που ανέκυψε ενώπιον του αιτούντος δικαστηρίου, σ' αυτό εναπόκειται να αποφανθεί επί των δικαστικών εξόδων. Τα έξοδα στα οποία υποβλήθηκαν προκειμένου να υποβάλουν παρατηρήσεις στο Δικαστήριο έτεροι πλην των εν λόγω διαδίκων δεν αποδίδονται.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (τρίτο τμήμα) αποφαινεται:

Το άρθρο 49 ΕΚ απαγορεύει στην αναθέτουσα αρχή να προβλέπει, στη συγγραφή υποχρεώσεων δημόσιας συμβάσεως ιατρικών υπηρεσιών κατ' οίκον θεραπευτικής αγωγής αναπνευστικών προβλημάτων και επιβοηθούμενης αναπνοής, αφενός, προϋπόθεση συμμετοχής στον διαγωνισμό υποχρεώνουσα τη διαγωνιζόμενη επιχείρηση να διαθέτει, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, γραφείο εξυπηρετήσεως του κοινού στην πρωτεύουσα της επαρχίας στην οποία θα παρέχεται η υπηρεσία και, αφετέρου, κριτήρια εκτιμήσεως των προσφορών τα οποία αναγνωρίζουν, μέσω της χορηγήσεως επιπλέον μονάδων, την ύπαρξη, κατά τον χρόνο υποβολής της προσφοράς, εγκαταστάσεων παραγωγής, συσκευασίας και εμφιαλώσεως οξυγόνου σε απόσταση μικρότερη των 1000 χιλιομέτρων από την εν λόγω επαρχία, ή γραφείων εξυπηρετήσεως του κοινού σε άλλες περιοχές που καθορίζονται από την επαρχία αυτή, και που, σε περίπτωση ισοβαθμίας πλειόνων προσφορών, ευνοούν την επιχείρηση που παρέχει στο παρελθόν την επίμαχη υπηρεσία, στο μέτρο που τα στοιχεία αυτά δημιουργούν δυσμενείς διακρίσεις, δεν δικαιολογούνται από επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος, δεν είναι ικανά να εξασφαλίσουν την εκπλήρωση του επιδιωκόμενου σκοπού ή βαίνουν πέραν του αναγκαίου για την εκπλήρωσή του μέτρου, η δε εξακρίβωση των εκτιμήσεων αυτών απόκειται στον εθνικό δικαστή.

(υπογραφές)