

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)
de 27 de octubre de 2005 *

En el asunto C-234/03,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la Audiencia Nacional, mediante resolución de 16 de abril de 2003, recibida en el Tribunal de Justicia el 2 de junio de 2003, en el procedimiento entre

Contse, S.A.,

Vivisol, S.R.L.,

Oxigen Salud, S.A.,

contra

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

* Lengua de procedimiento: español.

en el que participan:

Air Liquide Medicinal, S.L.,

Sociedad Española de Carburos Metálicos, S.A.,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr y U. Löhmus, Jueces;

Abogado General: Sra. C. Stix-Hackl;
Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 19 de enero de 2005;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de Contse, S.A., Vivisol, S.R.L., y Oxigen Salud, S.A., por los Sres. R. García-Palencia y C. Urda Serrano, abogados;

CONTSE Y OTROS

- en nombre del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingresa), anteriormente Instituto Nacional de la Salud (Insalud), por el Sr. M. Gómez Montes, procurador, y el Sr. J-M. Pérez Gómez, abogado;

- en nombre del Gobierno español, por el Sr. S. Ortiz Vaamonde, en calidad de agente;

- en nombre del Gobierno austriaco, por el Sr. M. Fruhmann, en calidad de agente;

- en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por los Sres. G. Valero Jordana y K. Wiedner, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 12 CE, 43 CE y siguientes y 49 CE y siguientes, así como del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DO L 209, p. 1).

- 2 Esta petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Contse, S.A. (en lo sucesivo, «Contse»), Vivisol, S.R.L., y Oxigen Salud, S.A. (las tres empresas forman una unión temporal de empresas que posee instalaciones de producción de oxígeno en Italia y en Bélgica), por un lado, y el Instituto Nacional de la Salud (en lo sucesivo, «Insalud»), por otro. Las citadas demandantes presentaron, en primer lugar, un recurso en relación con dos concursos públicos convocados por este último para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de las provincias de Cáceres y de Badajoz y, a continuación, recurrieron la resolución de la Presidencia Ejecutiva del Insalud, de 10 de julio de 2000, por la que se desestimó el recurso interpuesto contra dichos concursos.

Marco jurídico

- 3 El artículo 12 CE dispone que, en el ámbito de aplicación del Tratado CE, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en él, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.
- 4 Los artículos 43 CE y 49 CE consagran la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente. Dichas disposiciones constituyen una expresión concreta del principio de no discriminación.
- 5 El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 contiene también una expresión de este mismo principio, al precisar que las entidades adjudicadoras deben velar por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios.

Hechos y litigio principal

- 6 Mediante dos resoluciones de 24 de mayo de 2000, el Insalud convocó unos concursos para la prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida en el ámbito de las provincias de Cáceres y de Badajoz (en lo sucesivo, «concursos controvertidos»).
- 7 Los pliegos de condiciones, las cláusulas administrativas particulares y las especificaciones técnicas de estos dos concursos establecen, por una parte, una serie de requisitos de admisión y, por otra, una serie de criterios de valoración.
- 8 Los requisitos de admisión, que no son objeto de evaluación alguna, deben concurrir obligatoriamente en el momento de la presentación de la oferta.
- 9 A este respecto, se establece que la entidad licitadora debe disponer de al menos una oficina abierta al público un mínimo de ocho horas diarias cinco días a la semana, en horario de mañana y tarde, en la capital de la provincia de que se trate (en lo sucesivo, «requisito de admisión»).
- 10 De los autos se desprende que los criterios de valoración se refieren a determinadas características económicas y técnicas a las que se atribuye una puntuación. En el presente caso, la puntuación máxima que puede atribuirse es de 140 puntos, de los cuales 40 puntos conciernen al aspecto económico de la oferta y 100 puntos a los criterios de valoración técnica de ésta.

- 11 Tras mencionar la presentación de un certificado de calidad (por el que se atribuyen 20 puntos), las especificaciones técnicas se dividen en varias secciones: equipo (35 puntos), prestación del servicio (35 puntos), información al paciente (5 puntos) e informe de control de la prestación (5 puntos).

- 12 En la sección «equipo», en la parte relativa al suministro de oxígeno por cilindro de gas a presión, se establece que se podrá atribuir un máximo de 4,6 puntos, en función de la producción total anual, si en el momento de la presentación de la oferta el licitador dispone de al menos dos fábricas de producción de oxígeno propias situadas a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate. Asimismo, se atribuirá medio punto si, en el momento de la presentación de la oferta, el licitador dispone de al menos una planta acondicionadora de cilindros propia y otro medio punto si dispone de al menos una planta envasadora de oxígeno propia, en ambos casos situadas a menos de 1.000 km de la provincia de que se trate.

- 13 En la sección «prestación del servicio», la existencia, en el momento de la presentación de la oferta, de oficinas abiertas al público un mínimo de ocho horas diarias cinco días a la semana, en horario de mañana y tarde, en algunas localidades de la provincia de que se trate puede implicar la atribución de un máximo de 0,9 puntos adicionales (0,3 puntos por cada una de las tres ciudades citadas en los concursos controvertidos).

- 14 El contrato se adjudica a la entidad licitadora que haya presentado la oferta que logre la mayor puntuación. En caso de empate, se da prioridad a la oferta que obtenga la mejor valoración técnica. Si persiste el empate, se opta por la empresa que haya prestado anteriormente el mismo servicio.

- 15 Las demandantes en el litigio principal interpusieron sendos recursos administrativos contra los concursos controvertidos, que fueron desestimados el 10 de julio de 2000 por resolución de la Presidencia Ejecutiva del Insalud.
- 16 A continuación, las demandantes en el litigio principal interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución y contra los concursos controvertidos ante el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, que lo desestimó el 20 de septiembre de 2001. Posteriormente, se presentó un recurso de apelación ante el órgano jurisdiccional remitente.
- 17 Alegando que determinados criterios aplicados en los concursos controvertidos, descritos en los apartados 8 a 14 de la presente sentencia (en lo sucesivo, «criterios impugnados»), vulneran los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE, así como el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50, las demandantes en el litigio principal solicitaron al órgano jurisdiccional remitente que planteara al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial al respecto.
- 18 El Insalud sostiene que los criterios impugnados en los concursos controvertidos son legales, ya que la naturaleza sanitaria del servicio de que se trata y el tipo de pacientes que dependen de dicho servicio, especialmente vulnerables, obligan a las autoridades competentes no sólo a garantizar la prestación del servicio en todo momento, sino también a tener en cuenta y valorar las circunstancias que puedan reducir los riesgos inherentes a toda actividad humana, dando prioridad a la oferta que minimice dichos riesgos.
- 19 En este contexto, la Audiencia Nacional decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Se oponen las normas de los artículos 12, 43 y siguientes y 49 y siguientes del Tratado CE, así como el apartado 2 del artículo 3 de la Directiva 92/50 [...], a la

inclusión en los pliegos de condiciones y cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que rigen los concursos públicos sobre terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida de

- 1º) requisitos que condicionen la admisión de las empresas al hecho de que las mismas dispongan previamente de oficinas abiertas al público en la provincia o en la capital de la provincia en que se haya de prestar el servicio,

- 2º) criterios de adjudicación que [favorezcan las ofertas presentadas por empresas que
 - a) dispongan de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas en un radio de 1.000 km contados desde la capital en que se haya de prestar el servicio],

 - b) dispongan previamente de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de la misma provincia o

 - c) vinieran gestionando con anterioridad el servicio?»

La cuestión prejudicial

- 20 Con su cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 12 CE, 43 CE y 49 CE se oponen a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestaciones de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que se prestará el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, tienen en cuenta la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que prestaba anteriormente el servicio de que se trata.
- 21 Las demandantes en el litigio principal, la Comisión de las Comunidades Europeas y el Gobierno austriaco proponen que se responda afirmativamente a dicha cuestión. El Insalud y el Gobierno español sostienen la tesis contraria.
- 22 Con carácter previo, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el asunto principal parece referirse a un contrato público de servicios y no a un contrato de gestión de servicios calificado de concesión. En efecto, como afirmó el Insalud en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si éste es efectivamente el caso.

- 23 En cualquier caso, como las preguntas del órgano jurisdiccional remitente se centran en las normas fundamentales establecidas en el Tratado, las consideraciones siguientes también le serán útiles en el caso de que se trate de una concesión de servicio público no contemplada por la Directiva 92/50. En efecto, las consecuencias que tiene el Derecho comunitario a efectos de la adjudicación de tales concesiones deben analizarse a la luz del Derecho primario y, más en concreto, de las libertades fundamentales previstas en el Tratado (véase, entre otras, la sentencia de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16).
- 24 Estas normas fundamentales, a las que hace referencia el órgano jurisdiccional remitente, son de dos tipos: por un lado, los artículos 43 CE y siguientes, relativos a la libertad de establecimiento y, por otro, los artículos 49 CE y siguientes, relativos a la libre prestación de servicios.
- 25 Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C-19/92, Rec. p. I-1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C-243/01, Rec. p. I-13301, apartados 64 y 65).
- 26 Por consiguiente, es preciso examinar los criterios impugnados en los concursos controvertidos para comprobar si pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el

ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado por parte de empresas no establecidas en España.

- 27 Dado que tales criterios no constituyen obstáculos para el establecimiento de empresas en el territorio español, procede concluir, en primer lugar, que en el presente asunto no existe restricción alguna a la libertad de establecimiento.
- 28 En segundo lugar, es necesario analizar si dichos criterios constituyen una restricción a la libre prestación de servicios.
- 29 A este respecto, no se discute que el Insalud es el principal destinatario de los servicios de que se trata, ya que el sector público representa el 90 % de las solicitudes de terapias respiratorias domiciliarias. En consecuencia, la Comisión tiene razón al señalar que el requisito de admisión conlleva una serie de gastos para las empresas que sólo es posible amortizar si se les adjudica el contrato, por lo que la presentación de una oferta resulta mucho menos atractiva. Lo mismo cabe decir del criterio de valoración en virtud del cual se atribuyen puntos adicionales si ya existe una oficina abierta al público en las ciudades mencionadas en los concursos.
- 30 Por lo que se refiere a los criterios de valoración relativos a las instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno, es evidente que pueden obstaculizar la presentación de una oferta por parte de una empresa, a menos que ésta disponga ya de instalaciones propias ubicadas en el radio previsto de 1.000 km.

- 31 Finalmente, el hecho de que, en último término, el criterio de desempate entre dos licitadores que hayan obtenido la misma puntuación dé prioridad a la empresa ya establecida en el mercado español de que se trata puede hacer menos atractiva la presentación de una oferta por otra empresa, debido, entre otras razones, a la gran homogeneidad del mercado.
- 32 En efecto, de los autos se desprende que el mercado español de gas de uso médico está controlado en un 97 % por cuatro empresas multinacionales. Además, como ha señalado Contse sin que nadie lo haya negado, no puede haber grandes diferencias entre los participantes en la puntuación que se atribuye por los aspectos técnicos, ya que todos los licitadores utilizan equipos técnicos similares que sólo fabrican dos o tres empresas.
- 33 Por consiguiente, procede declarar que todos los criterios impugnados en los concursos controvertidos pueden obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de la libre prestación de servicios garantizada por el Tratado. Por tanto, es preciso comprobar si cada uno de estos criterios cumple los cuatro requisitos que se derivan de la jurisprudencia citada en el apartado 25 de la presente sentencia.
- 34 Ahora bien, en el marco del reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales comunitarios y los nacionales, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si en el asunto del que conoce concurren los citados requisitos. No obstante, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse sobre la cuestión prejudicial, puede aportar, en su caso, precisiones destinadas a orientar al órgano jurisdiccional nacional en su interpretación (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de octubre de 2002, Payroll y otros, C-79/01, Rec. p. I-8923, apartados 28 y 29). A estos efectos, y en respuesta a las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, éste deberá tener en cuenta las precisiones formuladas en los apartados siguientes.

El requisito de admisión

- 35 En primer lugar, es necesario que la medida nacional se aplique de manera no discriminatoria.
- 36 A este respecto, cabe recordar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad, del que el artículo 49 CE constituye una expresión concreta, prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado (véanse las sentencias de 29 de octubre de 1980, *Boussac Saint-Frères*, 22/80, Rec. p. 3427, apartado 9, y de 5 de diciembre de 1989, *Comisión/Italia*, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8).
- 37 Pues bien, aunque el requisito de admisión se aplique indistintamente a toda empresa que tenga la intención de participar en el concurso de que se trata, incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, en la práctica, las empresas españolas pueden cumplir dicho requisito con más facilidad que las empresas establecidas en otro Estado miembro. En tal caso, el citado criterio vulnera el principio de aplicación no discriminatoria (véase, en este sentido, la sentencia *Gambelli* y otros, antes citada, apartado 71).
- 38 No obstante, es preciso destacar que, al no existir restricciones a la libertad de establecimiento, el mero hecho de disponer de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que se prestará el servicio no constituye un obstáculo mayor para los operadores extranjeros.

39 En segundo lugar, la medida nacional debe estar justificada por razones imperiosas de interés general.

40 En el presente caso, no se discute que tanto el requisito de admisión como los demás criterios impugnados en los concursos controvertidos tienen por objeto garantizar mejor la protección de la vida y la salud de los pacientes.

41 En tercer y cuarto lugar, la medida nacional debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

42 A este respecto, la Comisión y Contse consideran que el requisito de disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia de que se trata es innecesario para alcanzar el objetivo, citado anteriormente, de garantizar mejor la protección de la vida y la salud de los pacientes. El Insalud opina, por el contrario, que la existencia de tal oficina contribuye a lograr dicho objetivo.

43 Aun suponiendo que la existencia de tal oficina pueda considerarse adecuada para garantizar la salud de los pacientes, es preciso señalar que la obligación de disponer de ella a partir de la presentación de la oferta es manifiestamente desproporcionada.

44 En efecto, no cabe estimar la alegación del Gobierno español en la que éste, tras destacar que la finalidad de un concurso es comprobar cuáles son las empresas que

disponen ya de los medios necesarios para prestar el servicio de que se trate, equipara la oficina abierta al público a cualquier otro equipo necesario para la prestación del servicio.

- 45 En este sentido, la Comisión considera con razón que tal oficina no constituye un elemento esencial para prestar el servicio de que se trata. En efecto, entre los requisitos mínimos figura ya la creación de un servicio de asistencia técnica disponible 24 horas al día, todos los días de la semana, que garantiza, con medios menos restrictivos para la libre prestación de servicios, la realización en un primer momento del objetivo perseguido en el presente caso, a saber, no poner en peligro la vida o la salud de los pacientes en caso de problemas de funcionamiento o de uso del equipo.
- 46 Además, como ha señalado Contse, se ha previsto, en caso de que sea necesario, un período transitorio durante el cual la empresa que prestaba el servicio traspasa la gestión del mismo a la nueva entidad adjudicataria, con el fin de asegurarse de que la atención a los pacientes continúa de forma ininterrumpida. Es preciso observar que, en tal caso, el adjudicatario debe retribuir a la empresa que sigue prestando el servicio con arreglo a una fórmula que figura en las cláusulas administrativas particulares del concurso. La retribución aumenta cada mes hasta que han transcurrido tres meses desde la adjudicación del contrato. Si en ese momento la nueva entidad adjudicataria todavía no ha asumido la totalidad de las prestaciones requeridas, puede resolverse el contrato.

Criterios de valoración

- 47 Con carácter previo, procede recordar que, si bien es cierto que la Directiva 92/50 se aplica, sin lugar a dudas, a los concursos controvertidos, es necesario destacar que el servicio de que se trata en el presente asunto figura en el anexo I B de dicha Directiva. En virtud del artículo 9 de ésta, sólo son aplicables a tales servicios los

artículos 14 y 16, así como las disposiciones generales del título I, incluido el artículo 3, apartado 2, citado por el órgano jurisdiccional nacional, y las finales del título VII de dicha Directiva. El artículo 14 establece normas comunes en el ámbito técnico y el artículo 16 se refiere a los anuncios con los resultados del procedimiento de adjudicación.

48 Por consiguiente, y a fin de dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional, es necesario puntualizar que los criterios impugnados en los concursos controvertidos no están sujetos en ningún caso al capítulo 3, titulado «Criterios de adjudicación del contrato», del título VI de la Directiva 92/50, ni a los límites que establece.

49 Además, es preciso recordar que los criterios de valoración, como cualquier medida nacional, deben respetar el principio de no discriminación que se desprende de las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios y que las restricciones a esta última deben cumplir, por su parte, los cuatro requisitos que exige la jurisprudencia citada en el apartado 25 de la presente sentencia.

50 Ahora bien, como se ha puntualizado en el apartado 34 *supra* corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si tales requisitos se cumplen en el asunto del que conoce, teniendo en cuenta las precisiones formuladas en los apartados siguientes.

51 Por lo que se refiere, en primer lugar, a la aplicación no discriminatoria del criterio en virtud del cual se atribuyen puntos adicionales si el licitador dispone de oficinas abiertas al público en algunas ciudades de la provincia en la que se prestará el servicio, es evidente, como se ha expuesto ya en relación con el requisito de admisión, que, en sí mismo, dicho criterio se aplica indistintamente a toda empresa que desee presentar una oferta.

- 52 Por otra parte, como se ha señalado en el apartado 40 de la presente sentencia, no se discute que todos los criterios impugnados en los concursos controvertidos se introdujeron para garantizar mejor la vida y la salud de los pacientes. El Insalud explica, además, que tales criterios tienen por objeto precisamente solucionar los problemas de suministro de oxígeno y de funcionamiento del equipo y garantizar una adecuada prestación del servicio de que se trata sin demoras innecesarias ni perjuicios para el paciente.
- 53 A continuación, procede comprobar si el citado criterio es adecuado para la realización de tal objetivo, pero no va más allá de lo necesario a estos efectos.
- 54 A este respecto, la Comisión reproduce la alegación que formuló en relación con el requisito de admisión, a saber, que disponer de dichas oficinas antes de la ejecución del contrato es innecesario y desproporcionado. Contse, por su parte, reconoce que, habida cuenta de la finalidad de atender a los pacientes, dicho criterio puede ser coherente con el objetivo perseguido, pero considera que un mero compromiso contractual de instalar tales oficinas en caso de adjudicación del contrato permitiría alcanzarlo. Ni el Insalud ni el Gobierno español se refieren de manera específica a este criterio de valoración.
- 55 Sobre esta cuestión, como se ha precisado en el apartado 43 de la presente sentencia, y aun suponiendo que la existencia de tales oficinas pueda considerarse adecuada para garantizar la salud de los pacientes, procede señalar que la obligación de disponer de ellas ya en el momento de la presentación de la oferta es manifiestamente desproporcionada, máxime cuando los requisitos mínimos exigen ya la creación de un servicio de asistencia técnica, como se ha indicado en el apartado 45 *supra*.

- 56 Por lo que se refiere a los criterios de valoración relativos a la propiedad de determinadas instalaciones de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno en un radio de 1.000 km alrededor de la provincia en la que se prestará el servicio, es necesario comprobar si dichos criterios, a pesar de aplicarse indistintamente a todas las empresas, favorecen esencialmente, de hecho, a las que ya están establecidas en España.
- 57 En efecto, a diferencia del hecho de disponer de una oficina, requisito que, por su naturaleza, puede cumplirse reiteradas veces, e incluso cada vez que la adjudicación de un contrato así lo aconseje, la existencia de una instalación de producción, de acondicionamiento o de envasado propiedad del licitador requiere una inversión mucho más importante que no suele repetirse. La naturaleza de este último criterio hace que no resulte fácil cumplirlo si tales instalaciones no existen aún. El hecho de que no se exija una mera disponibilidad de las instalaciones de que se trata, sino la propiedad de las mismas, no hace sino reforzar la idea de que este criterio pretende, en realidad, favorecer la permanencia.
- 58 Por tanto, únicamente pueden recibir los puntos correspondientes a tales criterios las empresas que ya dispongan de instalaciones de este tipo en el territorio español, o fuera de éste pero a una distancia siempre inferior a los 1.000 km de la provincia de que se trate.
- 59 Además, la zona geográfica situada en un radio de 1.000 km alrededor de las provincias de que se trata, a saber Cáceres y Badajoz, comprende, aparte del territorio español, todo el territorio portugués, pero sólo incluye una parte de Francia y excluye la práctica totalidad de los Estados miembros, de modo que las instalaciones que se encuentran en Bélgica o en Italia, como en el presente asunto, quedan fuera del radio previsto.

- 60 Como se ha precisado en el apartado 37 de la presente sentencia, si el órgano jurisdiccional nacional considera que las empresas españolas cumplen un criterio con más facilidad que los operadores establecidos en otro Estado miembro, dicho criterio vulnera el principio de aplicación no discriminatoria (véase la sentencia Gambelli y otros, antes citada, apartado 71).
- 61 En cualquier caso, si bien es cierto que la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar la oferta más ventajosa económicamente en el caso de un servicio como el que se examina en el litigio principal, que pretende proteger la vida y la salud de las personas previendo una producción propia diversificada y próxima al lugar de consumo (véase, por analogía, la sentencia de 28 de marzo de 1995, Evans Medical y Macfarlan Smith, C-324/93, Rec. p. I-563, apartado 44), procede señalar que, en el presente caso, estos criterios no parecen adaptados a la finalidad que se persigue por distintos motivos.
- 62 En primer lugar, aunque el Gobierno español tiene razón al observar que toda fijación de una distancia o de una unidad de tiempo de transporte es arbitraria, debe señalarse que el criterio de 1.000 km por el que se ha optado en el presente caso resulta inadecuado para garantizar la realización del objetivo de que se trata.
- 63 Por una parte, el Gobierno español no aporta prueba alguna en apoyo de la alegación en la que sostiene que el riesgo de retrasos, que aumenta en proporción a la distancia que debe recorrerse, se reduce gracias al control que podrían ejercer las autoridades de dicho Estado miembro en caso de problemas en su territorio. Por tanto, no cabe estimar dicha alegación.
- 64 Por otra parte, aun suponiendo que cruzar las fronteras internas de la Comunidad Europea ocasione los retrasos que teme el Gobierno español, el radio de 1.000 km, que sobrepasa las fronteras españolas, no es adecuado para alcanzar el objetivo que se persigue.

- 65 En segundo lugar, la Comisión observa, por una parte, que el oxígeno producido en las instalaciones de producción se transporta a los centros de gasificación para ser comprimido en botellas y, por otra parte, que en dichos centros existe una reserva de seguridad de botellas llenas, suficiente, en caso de avería, de paro técnico o de emergencia, para garantizar el suministro de oxígeno durante al menos quince días.
- 66 Por tanto, como señala también Contse, la proximidad de las instalaciones de producción no garantiza que se alcance el objetivo de seguridad del abastecimiento. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si la situación es diferente en lo que respecta a las instalaciones de acondicionamiento y de envasado de oxígeno.
- 67 La práctica reconocida por las empresas confirma, por lo demás, que para alcanzar el objetivo de disponer con certeza de gas de uso médico cerca del lugar de consumo existen otros medios que restringen menos la libre prestación de servicios. Como han señalado la Comisión y Contse, se trata de dar prioridad, mediante la atribución de puntos adicionales, a los centros de depósito con una reserva de gas destinada a compensar, durante el período que eventualmente se determine, las eventuales rupturas o fluctuaciones en el transporte desde las instalaciones de producción o de envasado.
- 68 Por último, en la medida en que la Comisión y Contse critican la importancia otorgada a la posesión de instalaciones de producción, procede añadir que las entidades adjudicadoras tienen libertad no sólo para elegir los criterios de adjudicación del contrato, sino también para determinar la ponderación de tales criterios, cuando ésta permita una evaluación sintética de los criterios elegidos para identificar la oferta económicamente más ventajosa (véase, en este sentido, la sentencia de 4 de diciembre de 2003, EVN y Wienstrom, C-448/01, Rec. p. I-14527, apartado 39). Dicha conclusión no variaría si el servicio de que se trata estuviera comprendido en el anexo I B de la Directiva 92/50, como podría ser el caso en el asunto principal, y estuviera sujeto, por tanto, a un régimen de contratación pública menos restrictivo.

- 69 Pues bien, es preciso señalar que, en el asunto principal, el criterio relativo a las instalaciones de producción no se refiere a la prestación que constituye el objeto del contrato, a saber, el suministro a domicilio de oxígeno terapéutico, y ni siquiera a la cantidad de gas que se producirá, sino a la capacidad máxima de producción de las instalaciones que posee el licitador, ya que se atribuyen puntos adicionales cada vez que se supera uno de los tres umbrales de producción total anual fijados.
- 70 Por tanto, en el presente caso, no cabe considerar que los criterios de valoración por los que se atribuyen más puntos adicionales cuanto mayor sea la capacidad de producción estén relacionados con el objetivo del contrato, y todavía menos que sean adecuados para garantizar la realización del mismo (véase, por analogía, la sentencia EVN y Wienstrom, antes citada, apartado 68).
- 71 Por último, aun suponiendo que tales criterios vengan dictados por el afán de garantizar la seguridad del abastecimiento y estén relacionados, por tanto, con el objetivo que se persigue en los concursos controvertidos y sean adecuados para alcanzar dicho objetivo, es preciso señalar que no puede establecerse válidamente como criterio de adjudicación la capacidad de los licitadores para suministrar la mayor cantidad posible de producto (véase, en este sentido, la sentencia EVN y Wienstrom, antes citada, apartado 70).
- 72 A este respecto, procede recordar que los concursos controvertidos exigen, como requisitos para presentar una oferta, que el licitador disponga de más de una planta de producción y de envasado y pueda producir al menos 400.000 m³ al año, en el concurso relativo a la provincia de Cáceres, y 550.000 m³ al año, en el concurso relativo a la provincia de Badajoz. De los autos se desprende que dichos valores representan alrededor del 75 % y del 80 %, respectivamente, del consumo previsto para el primer año del contrato de que se trata.

- 73 Además, es preciso destacar que el primero de los tres umbrales fijados en los concursos controvertidos, a saber, una producción total anual igual o superior a 800.000 m³ en uno de los concursos y a 1.000.000 de m³ en el otro, cuya superación implica, en ambos casos, una atribución de 1,3 puntos, corresponde a un volumen superior al consumo total previsto para el cuarto y último año del contrato de que se trate. Por consiguiente, una capacidad de producción total anual de esa magnitud podría considerarse necesaria, en su caso, para alcanzar el objetivo de garantizar la seguridad del abastecimiento, recordado en el apartado 71 de la presente sentencia.
- 74 Sin embargo, los criterios de valoración que se examinan van más allá de dicha necesidad. En efecto, se atribuyen además 1,3 puntos en caso de que la producción total anual sea igual o superior a 1.200.000 m³ y 1.500.000 m³, respectivamente, y 2 puntos adicionales si dicha producción es igual o superior a 1.600.000 m³ y 2.000.000 de m³, respectivamente.
- 75 Es preciso destacar que estos últimos valores, correspondientes al tercer umbral de producción total anual, representan cada uno el doble del valor que constituye el primer umbral, citado en el apartado 73 de la presente sentencia.
- 76 De las consideraciones anteriores se desprende que, dado que se atribuye la máxima puntuación a los licitadores que disponen de una capacidad de producción mucho mayor que el consumo previsible en el marco de los concursos controvertidos, a pesar de que el primer umbral parece ya adecuado para garantizar, en la medida de lo posible, que se dispondrá con certeza de gas, los criterios de valoración seleccionados en el presente caso, por lo que se refiere a la atribución de puntos adicionales en caso de superación de los umbrales segundo y tercero de producción total anual, no son compatibles con las exigencias del Derecho comunitario en la materia (véase, por analogía, la sentencia EVN y Wienstrom, antes citada, apartado 71).
- 77 Por último, en cuanto al desempate entre dos licitadores que hayan obtenido la misma puntuación, el criterio de atribución utilizado únicamente se aplica en caso

de igualdad no sólo global, sino también técnica, entre dos ofertas que tengan el mismo número de puntos y favorece a la empresa que prestaba anteriormente el servicio.

- 78 Los requisitos que han de cumplir los criterios de valoración, expuestos anteriormente, se aplican también a este criterio. Pues bien, resulta discriminatorio optar automática y definitivamente por la empresa que ya está presente en el mercado de que se trata.
- 79 De las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Costas

- 80 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 49 CE se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público de prestación de servicios sanitarios de terapias respiratorias domiciliarias y otras técnicas de ventilación asistida, por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de las ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta y que, en caso de empate entre varias ofertas, favorecen a la empresa que haya prestado anteriormente el servicio de que se trata, en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones imperiosas de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional.

Firmas