

CONTSE JT

EUROOPA KOHTU OTSUS (kolmas koda)

27. oktoober 2005<sup>\*</sup>

Kohtuasjas C-234/03,

mille esemeks on EÜ artikli 234 alusel Audiencia Nacionali (Hispaania) 16. aprilli 2003. aasta otsusega esitatud eelotsusetaotlus, mis saabus Euroopa Kohtusse 2. juunil 2003, menetluses

**Contse SA,**

**Vivisol Srl,**

**Oxigen Salud SA**

*versus*

**Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), varasema nimetusega  
Instituto Nacional de la Salud (Insalud),**

\* Kohtumenetluse keel: hispaania.

**Air Liquide Medicinal SL,**

**Sociedad Española de Carburos Metálicos SA**

osavõtul,

EUROOPA KOHUS (kolmas koda),

koosseisus: koja esimees A. Rosas (ettekandja) ning kohtunikud J. Malenovský,  
J.-P. Puissochet, S. von Bahr ja U. Lõhmus,

kohtujurist: C. Stix-Hackl,  
kohtusekretär: vanemametnik M. Ferreira,

arvestades kirjalikus menetluses ja 19. jaanuari 2005. aasta kohtuistungil esitatut,

arvestades kirjalikke märkusi, mille esitasid:

— Contse SA, Vivisol Srl ja Oxigen Salud SA, esindajad: *abogado* R. García-Palencia ja *abogado* C. Urda Serrano,

- Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), varasema nimetusega Instituto Nacional de la Salud (Insalud), esindajad: *procurador* M. Gómez Montes ja *abogado* J.-M. Pérez Gómez,
  
- Hispaania valitsus, esindaja: S. Ortiz Vaamonde,
  
- Austria valitsus, esindaja: M. Fruhmann,
  
- Euroopa Ühenduste Komisjon, esindajad: G. Valero Jordana ja K. Wiedner,

arvestades pärast kohtujuristi ärakuulamist tehtud otsust lahendada kohtuasi ilma kohtujuristi ettepanekuta,

on teinud järgmise

#### **otsuse**

- 1 Eelotsusetaotlus puudutab EÜ artikli 12, EÜ artikli 43 ja sellele järgnevate artiklite ning EÜ artikli 49 ja sellele järgnevate artiklite ning nõukogu 18. juuni 1992. aasta direktiivi 92/50/EMÜ, millega kooskõlastatakse riiklike teenuslepingute sõlmimise kord (EÜT L 209, lk 1; ELT eriväljaanne 06/01, lk 322), artikli 3 lõike 2 tõlgendamist.

- 2 Taotlus esitati Contse SA (edaspidi „Contse”), Vivisol Srl ja Oxigen Salud SA (ajutine ettevõtjate grupp, kellele kuulusid hapnikutootmise ettevõtted Itaalias ja Belgias; edaspidi „põhikohtuasja hagejad”) ning Instituto Nacional de la Salud (riiklik tervishoiuinstituut; edaspidi „Insalud”) vahelise vaidluse raames. Hagejad esitasid hagi esiteks seoses kahe viimati nimetatud poolt avaldatud hanketeatega hingamisteraapia teenuste osutamiseks patsiendi elukohas ja muude hingamisabi tehnikate osas vastavalt Cáceres’e ja Badajoz’i provintsidest, ning teiseks Presidencia Ejecutiva de l’Insaludi 10. juuli 2000. aasta otsuse vastu, millega jäeti hanketeadete peale esitatud kaebused rahuldamata.

## Õiguslik raamistik

- 3 EÜ artikkel 12 sätestab, et EÜ asutamislepingu kohaldamisalas ja ilma et see piiraks lepingus sisalduvate erisätete kohaldamist, on lepingus käsitletud valdkondades keelatud igasugune diskrimineerimine kodakondsuse alusel.
- 4 EÜ artikkel 43 ja EÜ artikkel 49 käsitlevad vastavalt asutamisevabadust ja teenuste osutamise vabadust. Neis sätetes on mittediskrimineerimise põhimõtte leidnud konkreetse väljenduse.
- 5 Seda põhimõtet on väljendatud ka direktiivi 92/50 artikli 3 lõikes 2, kus täpsustatakse, et tellijad tagavad, et ei esineks vahetegemist eri teenuseosutajate vahel.

## Faktilised asjaolud ja põhikohtuasi

- 6 Insalud kuulutas kahe 24. mai 2000. aasta otsusega välja hankemenetluse hingamisteraapia teenuste osutamiseks patsiendi elukohas ja muude hingamisabi tehnikate osas vastavalt Cácerese ja Badajosi provintsidest (edaspidi „vaidlustatud hanketeated“).
- 7 Nende kahe hanketeate tehnoetsifikaatide, konkreetsete haldustingimuste ja tehniliste täpsustustega on ette nähtud esiteks vastuvõetavuse tingimused ja teiseks hindamiskriteeriumid.
- 8 Vastuvõetavuse tingimused, mille kohta ei ole esitatud täpsustusi, peavad olema täidetud pakkumise tegemise ajal.
- 9 Seoses sellega on ette nähtud, et pakkujal peab kõnealuse provintsi pealinnas olema vähemalt üks üldsusele avatud büroo, kuhu on võimalik pöörduda vähemalt viiel päeval nädalas kaheksa tundi päevas, hommikuti ja pärastlõunati (edaspidi „vastuvõetavuse tingimus“).
- 10 Toimikust nähtub, et hindamiskriteeriumid puudutavad teatud majanduslikke ja tehnilisi omadusi, mille kohta antakse punkte. Käesoleval juhul saab anda maksimaalselt 140 punkti, millest 40 punkti seondub pakkumise majandusliku küljega ja 100 punkti puudutab tehnilisi hindamiskriteeriume.

- 11 Lisaks kvaliteedisertifikaadi esitamisele (mille eest antakse kuni 20 punkti) on tehnilised täpsustused jagatud järgmiselt: varustus (35 punkti), teenuse osutamine (35 punkti), patsiendile antav teave (5 punkti) ja teenuse osutamise kontrolliaruanne (5 punkti).
- 12 Alajaotuses „Varustus” on rõhu all olevas silindris hapniku varumise osas ette nähtud, et maksimaalselt 4,6 punkti, mis on kindlaks määratud sõltuvalt aastasest kogutoodangust, antakse juhul, kui pakkumise tegemise ajal kuulub pakkujale vähemalt kaks hapnikutootmisettevõtet, mis asuvad vähem kui 1000 km kaugusel kõnealusest provintsist. Pool punkti antakse juhul, kui pakkumise tegemise ajal kuulub pakkujale esiteks vähemalt üks silindrite konditsioneerimisettevõtte ja teiseks vähemalt üks hapnikupakendamisetevõtte, mis asuvad kumbki kõnealusest provintsist vähem kui 1000 km kaugusel.
- 13 Alajaotuses „Teenuse osutamise” on ette nähtud, et kui pakkujal on pakkumise tegemise ajal kõnealuse provintsi teatud kohtades üldsusele avatud bürood, kuhu on võimalik pöörduda viiel päeval nädalas vähemalt kaheksa tundi päevas, hommikuti ja pärastlõunati, võib selle alusel anda maksimaalselt 0,9 lisapunkti (0,3 punkti iga vaidlustatud hanketeates nimetatud linna kohta).
- 14 Leping sõlmitakse pakkujaga, kes on pakkumise eest saanud kõige rohkem punkte. Võrdse arvu punktide korral loetakse võitjaks parima tehnilise hinnangu saanud pakkumine. Kui tulemus on jätkuvalt võrdne, tehakse valik ettevõtja kasuks, kes on ka varem sama teenust osutanud.

- 15 Põhikohtuasja hagejad esitasid vaidlustatud hanketeadete peale kaebused, mis jäeti Presidencia Ejecutiva de l'Insaludi 10. juuli 2000. aasta otsusega rahuldamata.
- 16 Seepeale esitasid põhikohtuasja hagejad nii selle otsuse kui ka vaidlustatud hanketeadete peale hagi Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid'ile, kes jättis selle 20. septembril 2001 rahuldamata. Seepeale esitati appellatsioonkaebus eelotsusetaotluse esitanud kohtule.
- 17 Põhikohtuasja hagejad väidavad, et esiteks on teatavate vaidlustatud hanketeadetes esinevate elementidega, mis on ära toodud käesoleva kohtuotsuse punktides 8–14 (edaspidi „vaidlustatud elemendid“), rikutud EÜ artikleid 12, 43 ja 49, samuti direktiivi 92/50 artikli 3 lõiget 2, ning teiseks on taotlenud, et siseriiklik kohus esitaks Euroopa Kohtule selles osas eelotsuse küsimuse.
- 18 Insalud väidab, et vaidlustatud hanketeadete vaidlustatud elemendid on seaduslikud, kuna nii kõnealuse teenuse sanitaariseloom kui ka sellest sõltuv iseäranis ohustatud patsientide kategooria panevad pädevatele ametiasutustele kohustuse mitte ainult tagada teenuse osutamine igal ajahetkel, vaid ühtlasi ka arvestada ja hinnata tingimusi, mis vähendavad igasugusele inimtegevusele omaseid riske, eelistades pakkumist, mille puhul need riskid on minimaalsed.
- 19 Neil asjaoludel otsustas Audiencia Nacional menetluse peatada ja esitada Euroopa Kohtule järgmise eelotsuse küsimuse:

„Kas EÜ artikkel 12, EÜ artikkel 43 ja sellele järgnevad artiklid, EÜ artikkel 49 ja sellele järgnevad artiklid ning [direktiivi 92/50] artikli 3 lõige 2 keelavad patsiendi

elukohas osutatavate hingamisteraapia teenuste ja muude hingamisabi tehnikate osas välja kuulutatud hanketeadete tehnospetsifikaadis, konkreetsetes haldussätetes ja tehnilistes ettekirjutustes ette näha:

- 1) vastuvõetavuse tingimused, mille kohaselt pakkumist esitada soovivatel ettevõtjatel peab juba varem olema üldsusele avatud büroo kõnealusel provintsis või provintsi pealinnas, kus teenust tuleb osutada; ja
  
- 2) tellimiskriteeriumid, [millega eelistatakse pakkumisi, mille on esitanud ettevõtjad, kellel
  - a) on oma hapnikutootmis-, konditsioneerimis- ja pakendamisettevõtted, mis asuvad 1000 km raadiuses selle provintsi pealinnast, kus teenust osutama hakatakse],
  
  - b) on juba varem sama provintsi teatud kohtades üldsusele avatud bürood, või
  
  - c) kes juba osutavad seda teenust?"



## Eelotsuse küsimus

- 20 Eelotsusetaotluse esitanud kohus küsib sisuliselt seda, kas EÜ artiklitega 12, 43 ja 49 ning direktiivi 92/50 artikli 3 lõikega 2 on vastuolus see, kui tellija näeb patsiendi elukohas osutatavate hingamisteraapia sanitaarteenuste ja muude hingamisabi tehnikate osas väljakuulutatud riigihanke tehnospetsifikaadis ette esiteks vastuvõetavuse tingimuse, mille kohaselt hankelepingu pakkujal peab pakkumise tegemise ajal olema üldsusele avatud büroo selle provintsis pealinnas, kus teenust osutama hakatakse, ning teiseks pakkumiste hindamiskriteeriumid, mille puhul võetakse lisapunktide andmisega arvesse seda, kas pakkujale kuuluvad pakkumise tegemise ajal hapniku tootmis-, konditsioneerimis- ja pakendamisettevõtted, mis asuvad vähem kui 1000 km kaugusel sellest provintsist, või üldsusele avatud bürood tema poolt kindlaksmääratud asukohtades, ning kes eelistab mitmele pakkumisele antud võrdse arvu punktide korral ettevõtjat, kes on varem kõnealust teenust osutanud.
- 21 Põhikohtuasja hagejad, Euroopa Ühenduste Komisjon ja Austria valitsus teevad ettepaneku vastata sellele küsimusele jaatavalt. Insalud ja Hispaania valitsus toetavad vastupidist seisukohta.
- 22 Kõigepealt tuleb märkida, et põhikohtuasi tundub vastupidi Hispaania valitsuse poolt väidetule käsitlevat teenuste riigihanget, mitte kvalifitseeritud kontsessiooni-teenuse haldamise lepingut. Nagu Insalud kohtuistungil märkis, vastutavad Hispaania ametiasutused igasuguse puudulikust teenuseosutamisest tuleneva kahju eest. Seda järeldust toetab asjaolu, mis seisneb kõnealuse teenuse osutamisega seotud riskide ülemineku puudumises, ning asjaolu, et teenuse osutamise eest maksab Hispaania tervishoiuadministratsioon. Eelotsusetaotluse teinud kohtu kohustus on kontrollida, kas see ka tegelikkuses nii on.

- 23 Kuna eelotsusetaotluse esitanud kohtu küsimused on esitatud asutamislepinguga ette nähtud põhireeglite alusel, on järgnevad kaalutlused talle tarvilikud isegi juhul, kui tegemist on kontsessiooniga avaliku teenuse osutamiseks, mida direktiiv 92/50 ei reguleeri. Ühenduse õigusest selliste kontsessioonide andmisele tulenevaid tagajärgi tuleb uurida, arvestades esmast õigust ja eriti asutamislepingus sätestatud põhivabadusi (vt eelkõige 21. juuli 2005. aasta otsus kohtuasjas C-231/03: Coname, EKL 2005, lk I-7287, punkt 16).
- 24 Põhireeglid, millele eelotsusetaotluse esitanud kohus viitab, on kahesugused. Esiteks on mõeldud EÜ artiklit 43 ja sellele järgnevaid artikleid, mis käsitlevad asutamisevabadust, ja teiseks EÜ artiklit 49 ja sellele järgnevaid artikleid, mis käsitlevad teenuste osutamise vabadust.
- 25 Tuleb meenutada, nagu on märkinud kõik Euroopa Kohtule märkusi esitanud pooled, et siis kui jätta kõrvale EÜ artikkel 46, peavad siseriiklikud meetmed, mis võivad takistada asutamislepinguga tagatud põhivabaduste teostamist või muuta selle vähem atraktiivseks, vastama väljakujunenud kohtupraktika kohaselt EÜ artikliga 43 ja EÜ artikliga 49 kooskõlas olemiseks neljale tingimusele: neid peab kohaldama mittediskrimineerivalt, nende kohaldamist peab õigustama ülekaalukas avalik huvi, meetme kohaldamine peab olema taotletava eesmärgi saavutamiseks vajalik ega lähe kaugemale sellest, mis on eesmärgi saavutamiseks vajalik (vt 31. märtsi 1993. aasta otsus kohtuasjas C-19/92: Kraus, EKL 1993, lk I-1663, punkt 32; 30. novembri 1995. aasta otsus kohtuasjas C-55/94: Gebhard, EKL 1995, lk I-4165, punkt 37, ja 6. novembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-243/01: Gambelli jt, EKL 2003, lk I-13031, punktid 64 ja 65).
- 26 Seega tuleb uurida vaidlustatud hanketeadete vaidlustatud elemente, et saada selgust, kas need asjaolud võivad ettevõtjatel, kelle asukoht ei ole Hispaanias,

takistada asutamislepinguga tagatud põhiõiguste teostamist või muuta selle neile vähem atraktiivseks.

- 27 Esiteks tuleb nentida, et käesoleval juhul asutamisevabaduse piirangutega tegemist ei ole, kuna nimetatud asjaolud ei kujuta endast takistusi ettevõtete asutamisele Hispaanias.
- 28 Teiseks tuleb analüüsida, kas osutatud asjaolud kujutavad endast piirangut teenuste vaba osutamise suhtes.
- 29 Sellega seoses on ilmne, et Insalud on kõnealuste teenuste peamine kasutaja, kuna 90% elukohas osutatavate hingamisteraapia teenuste osutamise juhtudest tellitakse avaliku sektori poolt. Seega on komisjon õigustatult märkinud, et vastuvõetavuse tingimus tekitab ettevõtjatele terve rea kulutusi, mille katmine on võimalik üksnes juhul, kui nendega sõlmitakse leping, ning see asjaolu muudab pakkumise esitamise vähem atraktiivseks. Sama olukorraga on tegemist ka seoses hindamiskriteeriumiga, mille kohaselt antakse lisapunkte juhul, kui hanketeadetes märgitud linnades on büroo juba avatud.
- 30 Seoses hapniku tootmis-, konditsioneerimis- ja pakendamisettevõtteid puudutavate kriteeriumidega on ilmne, et nõue, mille kohaselt ettevõtjale peavad kuuluma 1000 km raadiuses paiknevad ettevõtted, võib takistada tal pakkumist esitamast.

- 31 Ka asjaolu, et viimasena tehakse kahe võrdse punktide arvuga pakkuja puhul valik selle pakkuja kasuks, kes kõnealusel Hispaania turul juba tegutseb, muudab pakkumise tegemise eelkõige turu tuntava homogeensuse tõttu teiste ettevõtjate jaoks vähem atraktiivseks.
- 32 Toimikust nähtub, et meditsiiniliselt kasutatava gaasi turgu Hispaanias kontrollivad 97% ulatuses neli multinatsionaalset ettevõtjat. Veelgi enam, nagu märkis Contse, ilma et keegi oleks talle selles osas vastu vaielnud, ei saa osalejatele tehniliste aspektide alusel omistatavate punktide vahel esineda siinjuures suuri erinevusi, kuna kõik pakkujad kasutavad sarnast tehnilist varustust, mis on toodetud kahes või kolmes ettevõttes.
- 33 Seega tuleb märkida, et vaidlustatud hanketeadete vaidlustatud elemendid on kõik sellised, et takistavad asutamislepinguga tagatud teenuste vaba osutamist või muudavad selle vähem atraktiivseks. Seega tuleb kontrollida, kas iga vaidlustatud asjaolu vastab käesoleva otsuse punktis 25 viidatud kohtupraktikast tulenevale neljale tingimusele.
- 34 Arvestades ühenduse kohtute ja siseriiklike kohtute pädevuse jaotust, on siseriikliku kohtu kohustus kontrollida, et tema poolt arutatavas asjas oleksid need tingimused täidetud. Euroopa Kohus võib eelotsusetaotluse osas otsust tehes esitada vajadusel täpsustusi, mille eesmärk on suunata siseriiklikku kohut temapoolsel tõlgendusel (vt selle kohta 17. oktoobri 2002. aasta otsus kohtuasjas C-79/01: Payroll jt, EKL 2002, lk I-8923, punktid 28 ja 29). Euroopa Kohus arvestab eelotsuse küsimustele vastamiseks järgnevates punktides täpsustatud asjaolusid.

*Vastuvõetavuse tingimus*

- 35 Esiteks tuleb siseriiklikku meedet kohaldada mittediskrimineerivalt.
- 36 Euroopa Kohtu väljakujunenud kohtupraktika kohaselt ei keela võrdse kohtlemise põhimõte, mis on konkreetsetelt sõnastatud EÜ artiklis 49, mitte ainult ilmse kodakondsusel põhineva diskrimineerimise, vaid ka kõik varjatud diskrimineerimise vormid, mis teistest eristuskriteeriumidest lähtudes viivad tegelikult samale tulemusele (vt 29. oktoobri 1980. aasta otsus kohtuasjas 22/80: Boussac Saint-Frères, EKL 1980, lk 3427, punkt 9, ja 5. detsembri 1989. aasta otsus kohtuasjas C-3/88: komisjon *vs.* Itaalia, EKL 1989, lk I-4035, punkt 8).
- 37 Kuigi vastuvõetavuse tingimust kohaldatakse kaudselt kõikidele ettevõtjatele, kes kavatsevad kõnealustele hanketeadele vastata, peab siseriiklik kohus kontrollima, kas Hispaania ettevõtjate jaoks on selle tingimuse täitmine tegelikkuses lihtsam kui mõnes muus liikmesriigis asuva ettevõtja jaoks. Sellisel juhul on selle kriteeriumiga rikutud mittediskrimineerimise kohaldamise põhimõtet (vt selle kohta eespool viidatud otsus Gambelli jt, punkt 71).
- 38 Siiski on oluline rõhutada, et asutamisvabaduse piirangute puudumisel nõue, mille kohaselt pakkujal peab olema üldsusele avatud büroo selle provintsi pealinnas, kus teenuseid osutatakse, ei kujuta endast välismaiste ettevõtjate jaoks olulist takistust.

- 39 Teiseks peab siseriikliku meetme kasutamist õigustama ülekaalukas avalik huvi.
- 40 Käesoleval juhul on selge, et vastuvõetavuse tingimuse ning vaidlustatud hanketeade-  
dete muude vaidlustatud asjaolude eesmärk on paremini tagada patsientide elu ja  
tervise kaitse.
- 41 Kolmanda ja neljanda asjaoluna peab siseriiklik meede olema taotletava eesmärgi  
saavutamiseks vajalik ega lähe kaugemale sellest, mis on eesmärgi saavutamiseks  
vajalik.
- 42 Nii komisjon kui Contse leiavad selles küsimuses, et tingimus, mille kohaselt peab  
pakkujal olema pakkumise tegemise ajal kõnealuse provintsi pealinnas asuv  
üldsusele avatud büroo, on eespool määratletud eesmärki, st patsientide elu ja  
tervise kaitse paremat tagamist arvestades kasutu. Vastupidi sellele leiab Insalud, et  
sellise büroo olemasolu aitab kaasa selle eesmärgi saavutamisele.
- 43 Isegi kui eeldada, et niisuguse büroo olemasolu võiks pidada vajalikuks patsientide  
tervise tagamisel, tuleb nentida, et nõue, mille kohaselt büroo peab olema olema  
juba pakkumise tegemisel, on ilmselgelt ebaproportsionaalne.
- 44 Toetada ei saa Hispaania valitsuse argumenti, mille kohaselt hanketeate eesmärk on  
välja selgitada ettevõtjad, kellel on kõnealuse teenuse osutamiseks vajalikud

vahendid juba olemas, ning milles üldsusele avatud büroo võetakse arvesse samadel alustel kui muu teenuse osutamiseks vajalik varustus.

- 45 Komisjon leiab selles osas õigustatult, et selline büroo ei ole kõnealuse teenuse osutamise juures põhimõttelise tähtsusega element. Miinimumnõuetega nõutakse niigi sellise tehnilise abi osutamise teenuse olemasolu, mis on kättesaadav seitse päeva nädalas ja 24 tundi ööpäevas, ning mille lõppeesmärk on teenuste osutamise vabadust vähem piiravate vahenditega tagada võimalikult kiiresti taotletav eesmärk, nimelt mitte seada ohtu patsientide elu või tervist juhul, kui varustuse toimimises või käsitsemisel tuleb ette probleeme.
- 46 Veelgi enam, nagu on märkinud Contse, on ette nähtud üleminekuperiood, mille kestel varem kõnealust teenust osutanud ettevõtja annab teenuse haldamise üle uuele teenuseosutajale juhul, kui on vaja tagada, et patsientidele teenuse osutamine ei katkeks. Oluline on märkida, et sellisel juhul peab tellija maksma ettevõtjale, kes jätkab teenuste osutamist hanketeate konkreetsetes haldussätetes ette nähtud nõuete kohaselt. Makstav tasu suureneb igakuiselt kuni kolmanda kuuni alates lepingu sõlmimisest. Kui uus teenuseosutaja ei ole selleks ajaks asunud kõiki nõutud teenuseid osutama, võidakse leping lõpetada.

### *Hindamiskriteeriumid*

- 47 Kõigepealt tuleb meenutada, et kuigi on tõsi, et vaidlustatud hanketeated kuuluvad igal juhul direktiivi 92/50 kohaldamisalasse, tuleb nentida, et käesolevas asjas kuulub teenus direktiivi I B lisa alla. Vastavalt direktiivi artiklile 9 kohaldatakse selliste teenuste osas üksnes artikleid 14 ja 16 ning I jaotisesse kuuluvaid üldsätteid, sh

siseriikliku kohtu poolt osutatud artikli 3 lõiget 2, ja sama direktiivi VII jaotisesse kuuluvaid lõppsätteid. Artikkel 14 käsitleb tehnikavaldkonna ühiseeskirju ning artikkel 16 pakkumismenetluse tulemuste kohta väljastatavaid teateid.

48 Seega tuleb siseriiklikule kohtule vastamiseks täpsustada, et vaidlustatud hanketeadetes nimetatud elementide suhtes ei kohaldata mingil juhul direktiivi 92/50 VI jaotise 3. peatükki pealkirjaga „Lepingu sõlmimise kriteeriumid” ja selles ette nähtud piiranguid.

49 Lisaks tuleb märkida, et hindamiskriteeriumide nagu kõigi siseriiklike meetmete puhul tuleb kinni pidada mittediskrimineerimise põhimõttest, st sellisena, nagu see tuleneb teenuste vaba osutamist käsitlevatest asutamislepingu sätetest, ning piirangute puhul peavad omakorda olema täidetud käesoleva otsuse punktis 25 viidatud kohtupraktikast tulenevad neli tingimust.

50 Nagu käesoleva otsuse punktis 34 märgitud, on siseriikliku kohtu kohustus kontrollida, et tema poolt arutatavas asjas oleksid need tingimused täidetud, arvestades järgnevatel punktides täpsustatud elemente.

51 Mis puudutab esmalt asjaolu, et mittediskrimineerivalt tuleb kohaldada kriteeriumi, mille kohaselt antakse lisapunkte juhul, kui pakkujal on selle provintsi, kus teenust osutama hakatakse, teatud linnades üldsusele avatud büroo, siis nähtub — nagu vastuvõetavuse tingimuses öeldud —, et see kriteerium kehtib iseenesest ühtmoodi kõigile ettevõtjatele, kes soovivad pakkumist esitada.



- 52 Nagu käesoleva otsuse punktis 40 märgitud, on selge, et vaidlustatud hanketeadete vaidlustatud elemendid on hanketeates ära toodud selleks, et tagada paremini patsientide elu ja tervise kaitse. Insalud lisab, et nende elementide konkreetsem eesmärk on lahendada hapniku tarnimisel ja varustuse toimimisel esinevaid probleeme ning tagada kõnealuse teenuse nõuetekohane osutamine, ilma põhjendamata ajakaota ja nii, et patsiendid ei kannataks kahju.
- 53 Seejärel tuleb kontrollida, kas viidatud kriteerium on vajalik eesmärgi saavutamiseks, kuid ei lähe seejuures kaugemale kui eesmärgi saavutamiseks vajalik.
- 54 Komisjon kordab argumente, mida ta esitas ka vastuvõetavuse tingimuse osas, nimelt et nõue, mille kohaselt peab büroo olemas olema enne lepingu täitmist, on kasutu ja ebaproportsionaalne. Contse möönab omalt poolt, et selline kriteerium on lõppeesmärki, st patsientide abistamist silmas pidava taotletava eesmärgiga kooskõlas, kuid nendib, et seda eesmärki oleks olnud võimalik saavutada üksnes lepingulise kohustusega avada büroo juhul, kui pakkujaga sõlmitakse leping. Insalud ega Hispaania valitsus seda hindamiskriteeriumi konkreetsemalt ei käsitle.
- 55 Selles küsimuses tuleb sedastada, et — nagu käesoleva otsuse punktis 43 märgitud — isegi kui eeldada, et selliste büroode olemasolu võidaks käsitleda patsientide tervise tagamise seisukohast vajalikuna, on ilmselgelt ebaproportsionaalne nõue, mille kohaselt peab büroo olemas olema juba pakkumise tegemise ajal seda enam, et miinimumtingimused näevad ette — nagu on märgitud käesoleva otsuse punktis 45 — tehnilise abi osutamise teenuse olemasolu.

- 56 Seoses hindamiskriteeriumiga, mille kohaselt peavad ettevõtjale kuuluma hapniku tootmis- ning konditsioneerimis- ja pakendamisettevõtted, mis paiknevad 1000 km raadiuses provintsist, kus teenust osutama hakatakse, tuleb kontrollida, kas vaatamata asjaolule, et need kehtivad kõigi ettevõtjate suhtes, ei soodustata nende kriteeriumidega tegelikult Hispaanias juba asuvaid ettevõtjaid.
- 57 Erinevalt büroo omamise nõudest, st tingimusest, mida saab täita mitu korda ja siis, kui lepingu sõlmimine selle vajalikuks muudab, nõuab pakkujale kuuluva tootmis-, konditsioneerimis- ja pakendamisettevõtte olemasolu palju suuremat ühekordset investeeringut. Viimati nimetatud kriteeriumi ei ole lihtne täita, juhul kui selliseid ettevõtteid seni pole rajatud. Asjaolu, et ei nõuta mitte ainult nende kasutamist, vaid kuulumist ettevõtjale, üksnes kinnitab ideed, et kõnealuse kriteeriumiga eelistatakse tegelikult alaliselt tegutsevaid ettevõtjaid.
- 58 Seega võivad selle kriteeriumi täitmise eest antavate punktidega arvestada üksnes ettevõtjad, kellel juba on seesugused ettevõtted kas Hispaanias või väljaspool Hispaania territooriumi, kuid siiski 1000 km raadiuses kõnealusest provintsist.
- 59 Kuigi geograafiline piirkond, mis võtab enda alla maa-ala 1000 km raadiuses kõnealustest provintsidest, st Cáseresest ja Bajadozist, hõlmates lisaks Hispaania territooriumile ka kogu Portugali territooriumi, kuulub sinna vaid osa Prantsusmaast ja sellega on välistatud peaaegu kõik liikmesriigid, nii et ettevõtted, mis paiknevad Belgias või Itaalias — nagu käesolevas asjas — jäävad ettenähtud piirkonnast väljapoole.

- 60 Nagu on märgitud käesoleva otsuse punktis 37, kui siseriiklik kohus leiab, et Hispaania ettevõtjate jaoks on selle tingimuse täitmine tegelikkuses lihtsam kui mõnes muus liikmesriigis asuva ettevõtja jaoks, on selle kriteeriumiga rikutud mittediskrimineerimise kohaldamise põhimõtet (vt selle kohta eespool viidatud otsus Gambelli jt, punkt 71).
- 61 Kuigi varustamisega kindlustatuse kriteerium võib kuuluda majanduslikult kõige soodsama pakkumise väljaselgitamisel kasutatavate kriteeriumide hulka sellise teenuse osutamise korral nagu käesolevas põhikohtuasjas, mille puhul peetakse silmas inimeste elu ja tervise kaitsmist, nähakse ette ettevõtjale kuuluva mitmekülgse tootmisettevõtte olemasolu, mis asub tarbimiskoha lähedal (vt analoogiline 28. märtsi 1995. aasta otsus kohtuasjas C-324/93: Evans Medical ja Macfarlan Smith, EKL 1995, lk I-563, punkt 44), tuleb märkida, et käesolevas asjas ei tundu need kriteeriumid mitmel põhjusel olevat taotletava eesmärgiga kooskõlas.
- 62 Esiteks, kuigi Hispaania valitsus märgib õigustatult, et igasugune transportimise vahemaad või sellele kuluva aja valik on omavoliline, tuleb siiski nentida, et käesoleval juhul kasutatav 1000 km kriteerium on taotletava eesmärgi saavutamiseks ebakohane.
- 63 Ühelt poolt ei ole Hispaania valitsus esitanud toetavat materjali argumentidele, millega ta väidab, et viivituse oht, mis suureneb proportsionaalselt läbitava vahemaaga, on väike tänu liikmesriigi ametiasutuste poolt teostatavale kontrollile, juhul kui probleem tekib tema territooriumil. Seda argumenti ei saa pidada vastuvõetavaks.
- 64 Teiselt poolt, isegi kui eeldada, et Euroopa Ühenduse sisepiiride ületamine toob kaasa Hispaania valitsuse poolt kardetud viivituse, ei ole 1000 km raadiuse kriteerium Hispaania piire ületavas osas taotletava eesmärgi saavutamiseks kohane.

- 65 Komisjon märgib teise asjaoluna, et esiteks edastatakse tootmisettevõtetes toodetav hapnik gasifitseerimiskeskustesse, kus see „surutakse kokku” pudelitesse, ning teiseks on neis keskustes avarii-, tehnilise seisaku või hädaolukorra jaoks piisav pudelite tagavara, et tagada hapnikuga varustamine vähemalt 15 päeva jooksul.
- 66 Seega — nagu on seda märkinud ka Contse — ei taga tootmisettevõtete lähedus varustatusega kindlustatuse eesmärgi täitmist. Siseriiklik kohus peab kontrollima, kas hapniku konditsioneerimis- ja pakendamisetevõtete osas on olukord teistsugune.
- 67 Ettevõtjate üldine praktika kinnitab, et tarbimiskoha lähedal meditsiiniliselt kasutatava gaasi kättesaadavusega taotletud eesmärgi saavutamiseks on olemas teenuste osutamise vabaduse suhtes vähem piiravaid vahendeid. Nagu komisjon ja Contse on märkinud, tuleks sel juhul lisapunktide andmisega eelistada ladusid, millel on tootmis- või pakendamisetevõtetest toimuva transpordi käigus ettetulevate katkestuste või kõikumiste juhtudeks selle tagajärjel tekkiva puudujäägi kompenseerimiseks vajalik gaasivaru, mis võib olla ette nähtud konkreetseks perioodiks.
- 68 Kuna nii komisjon kui Contse kritiseerivad tootmisettevõtete omamisele omistatud tähtsust, tuleb märkida, et tellijad ei ole vabad mitte ainult valida lepingu sõlmimise kriteeriume, vaid ka otsustama nende kaalukuse üle määral, mis võimaldab kasutatud kriteeriumidele üldise hinnangu andmist, eesmärgiga selgitada välja majanduslikult soodsaim pakkumine (vt selle kohta 4. detsembri 2003. aasta otsus kohtuasjas C-448/01: EVN ja Wienstrom, EKL 2003, lk I-14527, punkt 39). Teisiti ei ole see ka juhul, kui kõnealune teenus kuulub direktiivi 92/50 I B lisas loetletute hulka, millega võis tegemist olla kõnealuste hangete puhul, ning kuuluda seega vähem piiratud hankemenetluse alla.

- 69 Tuleb nentida, et põhikohtuasjas ei puuduta tootmisettevõtete osas ette nähtud kriteerium hankelepingu esemeks oleva teenuse osutamist, nimelt raviotstarbelise hapniku patsiendi elukohta tarnimist, ega ka toodetava gaasi kogust, vaid pakkujale kuuluvate tootmisettevõtete maksimaalset tootmismahutu, kuna lisapunkte antakse iga sellise juhtumi korral, kui ületatakse üks kolmest aastase kogutoodangu lävest.
- 70 Seega ei saa käesoleval juhul hindamiskriteeriume, mis seonduvad suurima tootmismahu eest antavate lisapunktidega, pidada seotuks hankelepingu eesmärgiga ega kohasteks eesmärgi täitmise tagamiseks (vt eespool viidatud analoogiline kohtuotsus EVN ja Wienstrom, punkt 68).
- 71 Isegi kui eeldada, et nimetatud kriteeriumide alus on olnud mure varustamisega kindlustatuse pärast ning seega on need vaidlustatud hanketeadete taotletava eesmärgiga seotud ja kohased selle saavutamiseks, tuleb märkida, et lisapunktide omistamise kriteeriumina ei saa ette näha, et pakkujad peavad olema suutelised tarnima võimalikult suure koguse toodangut (vt selle kohta eespool viidatud kohtuotsus EVN ja Wienstrom, punkt 70).
- 72 Sellega seoses tuleb meenutada, et vaidlustatud hanketeadete on pakkumise tegemise tingimustena ette nähtud, et pakkujal oleks rohkem kui üks tootmis- ja pakendamisallikas ning ta oleks võimeline tootma vähemalt 400 000 m<sup>3</sup> aastas (Cáceresei provintsi puudutav hanketeade) ja 550 000 m<sup>3</sup> aastas (Badajozsi provintsi puudutav hanketeade). Toimikust nähtub, et need kogused vastavad ligikaudu 75%-le ja 80%-le kõnealuse hanke esimese aasta jaoks ettenähtud tarbimisest.

- 73 Lisaks tuleb märkida, et esimene kolmest vaidlustatud hanketeadetes ette nähtud lävest, st aastane kogutoodang vastavalt 800 000 m<sup>3</sup> ja 1 000 000 m<sup>3</sup> iga hanke kohta, mille ületamine tähendab mõlemal juhul 1,3 punkti andmist, vastab kogusele, mis ületab kõnealuse hanke neljanda ja viimase aasta jaoks ette nähtud kogutarbimise. Seega võib niisugusel tasemel aastast tootmismahu pidada vajalikuks selleks, et tagada käesoleva otsuse punktis 71 osutatud eesmärk, varustamisega kindlustatus.
- 74 Sellegipoolest lähevad need hindamiskriteeriumid lähemal vaatlemisel niisugusest vajadusest kaugemale. 1,3 punkti antakse veel juhul, kui ületatakse aastase tootmismahu lävi, mis on vastavalt vähemalt 1 200 000 m<sup>3</sup> ja 1 500 000 m<sup>3</sup>, ning kaks lisapunkti juhul, kui toodang on vastavalt vähemalt 1 600 000 m<sup>3</sup> ja 2 000 000 m<sup>3</sup>.
- 75 Oluline on märkida, et viimati nimetatud kogused, mis vastavad kolmandale aastase tootmismahu lävele, on iga kord käesoleva otsuse punktis 73 ära toodud esimesele lävele vastava kahekordse koguse suurused.
- 76 Siit nähtub, et kuna maksimaalne arv punkte antakse pakkujatele, kelle tootmismahu on tunduvalt suurem vaidlustatud hanketeadetes ettenähtust, samas kui juba esimene lävi tundub olevat piisav, et tagada teatud koguse gaasi olemasolu, ei ole käesolevas asjas kasutatud hindamiskriteeriumid selles osas, mis puudutab lisapunktide andmist juhtudel, kui pakkuja tootmismahu ületab aastase kogutoodangu teise ja kolmanda läve, kooskõlas asjakohase ühenduse õigusega (vt eespool viidatud analoogne kohtuotsus EVN ja Wienstrom, punkt 71).
- 77 Mis puudutab seda, kuidas lahendatakse olukord juhul, kahel pakkujal on võrdne arv punkte, siis seejuures kasutatavat kriteeriumi kohaldatakse üksnes juhul, kui sama

punktide arvuga pakkujad on nii üldiselt kui tehniliselt võrdsed, ning seejuures eelistatakse seda, kes osutas teenust juba varem.

- 78 Ka eespool toodud tingimused, mis peavad olema täidetud, on sellise kriteeriumi puhul täidetud. Automaatselt ja lõplikult kõnealusel turul varem tegutseva ettevõtja kasuks otsustamine on diskrimineeriv.
- 79 Kõigist eeltoodud kaalutlustest nähtub, et EÜ artikliga 49 on vastuolus see, kui tellija näeb patsiendi elukohas osutatavate hingamisteraapia sanitaarteenuste ja muude hingamisabi tehnikate osas väljakuulutatud riigihanke tehnospetsifikaadis ette esiteks vastuvõetavuse tingimuse, mille kohaselt hankelepingu pakkujal peab pakkumise tegemise ajal olema üldsusele avatud büroo selle provintsi pealinnas, kus teenust osutama hakatakse, ning teiseks pakkumiste hindamiskriteeriumid, mille puhul võetakse lisapunktide andmisel arvesse seda, kas pakkujale kuuluvad pakkumise tegemise ajal hapniku tootmis-, konditsioneerimis- ja pakendamisettevõtted, mis asuvad vähem kui 1000 km kaugusel sellest provintsist, või üldsusele avatud bürood tema poolt kindlaksmääratud asukohtades, ning kes eelistab mitmele pakkumisele antud võrdse arvu punktide korral ettevõtjat, kes on varem kõnealust teenust osutanud, osas, milles neid elemente kohaldatakse diskrimineerivalt, nende kasutamine ei ole õigustatud ülekaaluka avaliku huviga, need ei ole vajalikud taotletava eesmärgi täitmiseks või lähevad kaugemale sellest, mis on niisuguse eesmärgi täitmiseks vajalik, ning selle kontrollimise kohustus lasub siseriiklikul kohtul.

## Kohtukulud

- 80 Et põhikohtuasja poolte jaoks on käesolev menetlus eelotsusetaotluse esitanud kohtus poolelioleva asja üks staadium, otsustab kohtukulude jaotuse siseriiklik kohus. Euroopa Kohtule märkuste esitamisega seotud kulusid, v.a poolte kohtukulud, ei hüvitata.

Esitatud põhjendustest lähtudes Euroopa Kohus (kolmas koda) otsustab:

**EÜ artikliga 49 on vastuolus see, kui tellija näeb patsiendi elukohas osutatavate hingamisteraapia sanitaartenuste ja muude hingamisabi tehnikate osas väljakuulutatud riigihanke tehno spetsifikaadis ette esiteks vastuvõetavuse tingimuse, mille kohaselt hankelepingu pakkujal peab pakkumise tegemise ajal olema üldsusele avatud büroo selle provintsi pealinnas, kus teenust osutama hakatakse, ning teiseks pakkumiste hindamiskriteeriumid, mille puhul võetakse lisapunktide andmisel arvesse seda, kas pakkujale kuuluvad pakkumise tegemise ajal hapniku tootmis-, konditsioneerimis- ja pakendamise ettevõtted, mis asuvad vähem kui 1000 km kaugusel sellest provintsist, või üldsusele avatud bürood tema poolt kindlaksmääratud asukohtades, ning kes eelistab mitmele pakkumisele antud võrdse arvu punktide korral ettevõtjat, kes on varem kõnealust teenust osutanud, osas, milles neid elemente kohaldatakse diskrimineerivalt, nende kasutamine ei ole õigustatud ülekaaluka avaliku huviga, need ei ole vajalikud taotletava eesmärgi täitmiseks või lähevad kaugemale sellest, mis on niisuguse eesmärgi täitmiseks vajalik, ning selle kontrollimise kohustus lasub siseriiklikul kohtul.**

Allkirjad