

CONTSE YM.

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (kolmas jaosto)

27 päivänä lokakuuta 2005 *

Asiassa C-234/03,

jossa on kyse EY 234 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Audiencia Nacional (Espanja) on esittänyt 16.4.2003 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut yhteisöjen tuomioistuimeen 2.6.2003, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Contse SA,

Vivisol Srl ja

Oxigen Salud SA

vastaan

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

* Oikeudenkäyntikieli: espanja.

Air Liquide Medicinal SL:n ja

Sociedad Española de Carburos Metálicos SA:n

osallistuessa asian käsittelyyn,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (kolmas jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja A. Rosas (esittelevä tuomari) sekä tuomarit J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr ja U. Löhmus,

julkisasiamies: C. Stix-Hackl,
kirjaaja: johtava hallintovirkamies M. Ferreira,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä ja 19.1.2005 pidetyssä istunnossa esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

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

- Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), aiemmin Instituto Nacional de la Salud (Insalud), edustajinaan procurador M. Gómez Montes ja abogado J-M. Pérez Gómez,

- Espanjan hallitus, asiamiehenään S. Ortiz Vaamonde,

- Itävallan hallitus, asiamiehenään M. Fruhmann,

- Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehinään G. Valero Jordana ja K. Wiedner,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

- 1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee EY 12 artiklan, EY 43 artiklan ja sitä seuraavien artiklojen, EY 49 artiklan ja sitä seuraavien artiklojen sekä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 18 päivänä kesäkuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin 92/50/ETY (EYVL L 209, s. 1) 3 artiklan 2 kohdan tulkintaa.

- 2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Contse SA (jäljempänä Contse), Vivisol Srl ja Oxigen Salud SA (nämä kolme muodostavat yhtiöiden väliaikaisen yhteenliittymän, jolla on hapen tuotantolaitoksia Italiassa ja Belgiassa) ja Instituto Nacional de la Salud (kansallinen sosiaalivakuutuslaitos; jäljempänä Insalud). Mainitut muutoksenhakijat ovat valittaneet yhtäältä Insaludin päätöksestä, joilla ilmoitettiin kotona annettavia hengitysterapiapalveluja koskevasta tarjouspyynnöstä Cáceresin maakunnan alueella ja muita hengityshoitoon liittyviä menetelmiä koskevasta tarjouspyynnöstä Badajozin maakunnan alueella, ja toisaalta Presidencia Ejecutiva del Insaludin 10.7.2000 tekemästä päätöksestä, jolla hylättiin näistä tarjouspyynnöistä tehdyt valitukset.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

- 3 EY 12 artiklassa määrätään, että kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä on kiellettyä EY:n perustamissopimuksen soveltamisalalla, sanotun kuitenkaan rajoittamatta tämän sopimuksen erityismääräysten soveltamista.
- 4 EY 43 artiklassa määrätään sijoittautumisvapaudesta ja EY 49 artiklassa palvelujen tarjoamisen vapaudesta. Nämä määräykset ovat syrjintäkiellon erityinen ilmaus.
- 5 Myös direktiiviin 92/50 3 artiklan 2 kohtaan sisältyy tämän saman periaatteen ilmaus, ja siinä täsmennetään, että hankintaviranomaisten on varmistettava, että palvelujen suorittajia kohdellaan tasapuolisesti.

Tosiseikat ja pääasia

- 6 Insalud ilmoitti 24.5.2000 tekemillään kahdella päätöksellä tarjouspyynnöistä, jotka koskivat kotona annettavia hengitysterapiapalveluja Cáceresin maakunnan alueella ja muita hengityshoitoon liittyviä menetelmiä Badajozin maakunnan alueella (jäljempänä riidanalaiset tarjouspyynnöt).

- 7 Näiden kahden tarjouspyynnön hankintaeritelmissä, hallinnollisissa erityisehdoissa ja teknisissä eritelmissä määrätään yhtäältä osallistumisedellytyksistä ja toisaalta arviointiperusteista.

- 8 Tarjoajan on täytettävä osallistumisedellytykset, jotka eivät ole harkinnanvaraisia, sillä hetkellä, kun tarjous tehdään.

- 9 Tältä osin määrätään, että tarjoajalla on oltava kyseessä olevan maakunnan pääkaupungissa käytössään liiketilat, joihin yleisöllä on viitenä päivänä viikossa pääsy vähintään kahdeksan tunnin ajan aamu- ja iltapäivisin (jäljempänä osallistumisedellytys).

- 10 Asiakirja-aineistosta ilmenee, että arviointiperusteet koskevat tiettyjä taloudellisia ja teknisiä ominaisuuksia, joista annetaan pisteitä. Tässä tapauksessa sadanneljänkymmenen pisteen enimmäispistemäärästä neljäkymmentä pistettä liittyy tarjouksen taloudellisiin näkökohtiin ja sata pistettä koskee kyseisen tarjouksen teknisiä arviointiperusteita.

- 11 Laatuodistuksen esittämisen (josta annetaan kaksikymmentä pistettä) lisäksi tekniset eritelvät on jaettu eri osastoihin: laitteet (35 pistettä), palvelujen suorittaminen (35 pistettä), potilaille annettavat tiedot (5 pistettä) ja palvelun suorittamisen valvontaa koskevat tiedot (5 pistettä).
- 12 Osaston ”laitteet” osassa, joka liittyy hapen toimittamiseen paineistetussa kaasupullossa, määrätään, että siinä tapauksessa, että tarjoaja omistaa sillä hetkellä, kun tarjoukset tehdään, alle tuhannen kilometrin etäisyydellä kyseessä olevasta maakunnasta vähintään kaksi laitosta, joissa tuotetaan happea, annetaan enintään 4,6 pisteen suuruinen pistemäärä, joka määritellään vuotuisen kokonaistuotannon mukaan. Tarjoajalle annetaan niin ikään puoli pistettä yhtäältä siitä, että se omistaa sillä hetkellä, kun tarjoukset tehdään, vähintään yhden laitoksen, jossa huolletaan kaasupulloja, ja toisaalta siitä, että se omistaa kyseisellä hetkellä vähintään yhden laitoksen, jossa pullotetaan happea, ja mainittujen laitosten on molempien sijaittava alle tuhannen kilometrin etäisyydellä kyseessä olevasta maakunnasta.
- 13 Osaston ”palvelujen suorittaminen” perusteella se, että tarjoajalla on sillä hetkellä, kun tarjoukset tehdään, kyseessä olevan maakunnan tietyillä alueilla käytössään liiketilat, joihin yleisöllä on viitenä päivänä viikossa pääsy vähintään kahdeksan tunnin ajan aamu- ja iltapäivisin, voi johtaa siihen, että tarjoajalle annetaan enintään 0,9 lisäpistettä (0,3 pistettä kunkin kaupungin osalta, jotka mainitaan riidanalaisissa tarjouspyynnöissä).
- 14 Tarjouskilpailun voittaa tarjoaja, jonka tarjous saa eniten pisteitä. Tilanteessa, jossa pisteet ovat tasan, teknisen arvioinnin osalta paras tarjous voittaa. Jos tämän jälkeen ollaan edelleen tasatilanteessa, valinta kohdistuu yritykseen, joka on aikaisemmin suorittanut samoja palveluja.

- 15 Pääasian muutoksenhakijat tekivät riidanalaisista tarjouspyynnöistä oikaisuvaatimukset, jotka hylättiin Presidencia Ejecutiva del Insaludin 10.7.2000 tekemällä päätöksellä.
- 16 Tämän jälkeen pääasian muutoksenhakijat nostivat kyseisestä päätöksestä sekä riidanalaisista tarjouspyynnöistä kanteen Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madridissa, joka hylkäsi tämän kanteen 20.9.2001 antamallaan tuomiolla. Kyseisestä tuomiosta on valitettu ennakkoratkaisua pyytäneeseen tuomioistuimeen.
- 17 Pääasian muutoksenhakijat väittävät yhtäältä, että tietyillä tämän tuomion 8–14 kohdassa esitetyillä riidanalaisien tarjouspyyntöjen osatekijöillä (jäljempänä riitautetut osatekijät) rikotaan EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklaa sekä direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohtaa, ja ne ovat toisaalta vaatineet, että ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittää yhteisöjen tuomioistuimelle tätä seikkaa koskevan ennakkoratkaisupyynnön.
- 18 Insalud väittää, että riidanalaisien tarjouspyyntöjen riitautetut osatekijät ovat laillisia, koska kyseessä olevan palvelun terveydenhoitoon liittyvän luonteen sekä tätä palvelua tarvitsevien potilaiden ryhmän erityisen haavoittuvuuden johdosta toimivaltaisten viranomaisten on paitsi taattava palvelun keskeytyksetön saanti, myös niin ikään otettava huomioon kaikki inhimilliseen toimintaan sisältyviä riskejä ennalta ehkäisevät seikat, ja arvioitava näitä seikkoja siten, että suositetaan tarjousta, jolla mainitut riskit minimoidaan.
- 19 Tässä tilanteessa Audiencia Nacional on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää yhteisöjen tuomioistuimelle seuraavan ennakkoratkaisukysymyksen:

”Onko EY 12 artiklan, EY 43 artiklan ja sitä seuraavien artiklojen, EY 49 artiklan ja sitä seuraavien artiklojen sekä [direktiivin 92/50] 3 artiklan 2 kohdan kanssa

ristiriidassa se, että kotona suoritettavia hengitysterapiapalveluja ja muita hengityshoitoon liittyviä menetelmiä koskevien julkisten tarjouskilpailujen hankintaeritelmissä, hallinnollisissa erityisehdoissa ja teknisissä eritelmissä määrätään

- 1) osallistumisedellytyksistä, joiden mukaan yrityksillä, jotka haluavat tehdä tarjouksen, on oltava ennestään yleisölle avoimet liiketilat siinä maakunnassa tai sen maakunnan pääkaupungissa, jossa palvelut on suoritettava

- 2) sopimuskentekoperusteista, joissa suositaan sellaisten yritysten tarjouksia,
 - a) [joilla on omia laitoksia, joissa tuotetaan happea, suoritetaan huoltotoimenpiteitä ja pullotetaan happea ja jotka sijaitsevat tuhannen kilometrin säteellä sen maakunnan pääkaupungista, jossa palvelut on tarkoitus suorittaa]

 - b) joilla on ennestään saman maakunnan tietyillä paikkakunnilla sijaitsevia yleisölle avoimia liiketiloja

 - c) jotka jo suorittavat kyseisiä palveluja?"

Ennakkoratkaisukysymys

- 20 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee kysymyksellään, onko EY 12, EY 43 ja EY 49 artiklan sekä direktiivin 92/50 3 artiklan 2 kohdan kanssa ristiriidassa se, että hankintaviranomainen määrää julkisten palvelujen, joissa on kyse kotona suoritettavista hengitysterapiapalveluista ja muista hengityshoitoon liittyvistä menetelmistä, hankintaa koskevan sopimuksen hankintaeritelmässä yhtäältä osallistumisedellytyksestä, jonka mukaan tarjouksen tekevällä yrityksellä on oltava sillä hetkellä, kun tarjous tehdään, yleisölle avoimet liiketilat sen maakunnan pääkaupungissa, jossa palvelut on tarkoitus suorittaa, ja toisaalta tarjousten arviointiperusteista, joiden mukaan annetaan lisäpisteitä siitä, että tarjouksen tekevällä yrityksellä on tällä samalla hetkellä omia laitoksia, joissa tuotetaan happea, suoritetaan huoltotoimenpiteitä ja pullotetaan happea ja jotka sijaitsevat alle tuhannen kilometrin etäisyydellä mainitusta maakunnasta, ja siitä, että kyseisellä yrityksellä on ennestään tämän maakunnan tietyillä muilla paikkakunnilla sijaitsevia yleisölle avoimia liiketiloja, ja joiden mukaan tilanteessa, jossa pisteet ovat tasan usean tarjouksen osalta, suositetaan yritystä, joka on jo aikaisemmin suorittanut kyseessä olevia palveluja.
- 21 Pääasian muutoksenhakijat, Euroopan yhteisöjen komissio ja Itävallan hallitus ehdottavat, että tähän kysymykseen vastataan myöntävästi. Insalud ja Espanjan hallitus ovat päinvastaista mieltä.
- 22 Aluksi on todettava, että toisin kuin Espanjan hallitus väittää, vaikuttaa siltä, että pääasia koskee julkista palveluhankintaa eikä konsessiona pidettävää palvelua koskevaa sopimusta. Nimittäin kuten Insalud totesi istunnossa, Espanjan viranomaiset ovat vastuussa palvelun laiminlyönnistä aiheutuvista vahingoista. Tämä seikka, joka tarkoittaa, että kyseessä olevan palvelun suorittamiseen liittyviä riskejä ei ole siirretty, ja se seikka, että Espanjan terveydenhuoltoviranomaiset maksavat palvelusta, tukevat tätä päätelmää. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin varmistaa, että näin todella on.

- 23 Koska ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen kysymykset liittyvät joka tapauksessa perustamissopimuksen perustavanlaatuisiin määräyksiin, jäljempänä esitettävistä huomioista on sille hyötyä myös siinä tapauksessa, että kyse on julkisia palveluja koskevasta konsessiosopimuksesta, jota direktiivi 92/50 ei koske. Yhteisön oikeudesta tällaisten konsessiosopimusten tekemiselle aiheutuvia seurauksia on nimittäin tarkasteltava primaarioikeuden ja etenkin perustamissopimuksessa määrättyjen perusvapauksien valossa (ks. mm. asia C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005, Kok. 2005, s. I-7287, 16 kohta).
- 24 Nämä perustavanlaatuiset määräykset, joihin ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa, ovat kahdenlaisia. Kyse on yhtäältä EY 43 artiklasta ja sitä seuraavista artikloista, jotka liittyvät sijoittautumisvapauteen, ja toisaalta EY 49 artiklasta ja sitä seuraavista artikloista, jotka liittyvät palvelujen tarjoamisen vapauteen.
- 25 Kaikkien yhteisöjen tuomioistuimelle huomautuksia esittäneiden osapuolten tapaan on muistutettava, että kun ei oteta huomioon EY 46 artiklaa, toimenpiteiden, jotka voivat haitata perustamissopimuksessa taattujen perusvapauksien käyttämistä tai tehdä näiden vapauksien käyttämisestä vähemmän houkuttelevaa, on vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan täytettävä neljä edellytystä ollakseen sopusoinnussa EY 43 ja EY 49 artiklan kanssa: niitä on sovellettava ilman syrjintää, ne on voitava perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä, niiden on oltava omiaan takaamaan niillä tavoiteltavan päämäärän toteuttaminen, eikä niillä saada puuttua perusvapauteen enempää kuin on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi (ks. asia C-19/92, Kraus, tuomio 31.3.1993, Kok. 1993, s. I-1663, Kok. Ep. XIV, s. I-177, 32 kohta; asia C-55/94, Gebhard, tuomio 30.11.1995, Kok. 1995, s. I-4165, 37 kohta ja asia C-243/01, Gambelli ym., tuomio 6.11.2003, Kok. 2003, s. I-13031, 64 ja 65 kohta).
- 26 Riidanalaisten tarjouspyyntöjen riitautettuja osatekijöitä on näin ollen arvioitava sen tarkistamiseksi, voidaanko sellaisten yritysten osalta, jotka eivät ole sijoittautuneet

Espanjaan, kyseisillä toimenpiteillä haitata perustamissopimuksessa taattujen perusvapauksien käyttämistä tai tehdä näiden vapauksien käyttämisestä vähemmän houkuttelevaa.

- 27 Ensinnäkin on todettava, että siltä osin kuin tällaiset osatekijät eivät muodosta esteitä yritysten sijoittautumiselle Espanjan alueelle, sijoittautumisvapautta ei rajoiteta esillä olevassa asiassa.
- 28 Toiseksi on selvitettävä, rajoitetaanko mainituilla osatekijöillä palvelujen tarjoamisen vapautta.
- 29 Tältä osin on selvää, että Insalud on kyseessä olevien palvelujen pääasiallinen vastaanottaja siltä osin kuin 90 prosenttia kotona suoritettavia hengitysterapiapalveluja koskevista pyynnöistä on peräisin julkiselta sektorilta. Komissio toteaa siis perustellusti, että osallistumisedellytyksestä aiheutuu yrityksille joukko kustannuksia, joiden kattaminen on mahdollista ainoastaan yritykselle, joka voittaa tarjouskilpailun, mistä seuraa, että tarjouksen tekeminen on selvästi vähemmän houkuttelevaa. Näin olisi myös sen arviointiperusteen osalta, jonka nojalla myönnetään lisäpisteitä, jos tarjoaja on jo avannut liiketiloja tarjouspyynnöissä mainituissa kaupungeissa.
- 30 Niiden arviointiperusteiden osalta, jotka liittyvät laitoksiin, joissa tuotetaan happea, suoritetaan huoltotoimenpiteitä ja pullotetaan happea, on selvää, että niillä voidaan haitata yritystä tarjouksen tekemisessä, jos kyseisellä yrityksellä ei jo ole tällaisia omia, edellytysten mukaisesti tuhannen kilometrin säteellä sijaitsevia laitoksia.

- 31 Lopuksi se seikka, että tapa, jolla viime kädessä erotetaan toisistaan kaksi tarjoajaa, joilla on sama pistemäärä, suosii kyseessä oleville Espanjan markkinoille jo sijoittautunutta yritystä, on omiaan aiheuttamaan sen, että tarjouksen tekeminen on kaikille muille yrityksille vähemmän houkuttelevaa muun muassa markkinoiden huomattavan yhtenäisyyden vuoksi.
- 32 Asiakirja-aineistosta nimittäin ilmenee, että Espanjan lääkkeellisten kaasujen markkinat ovat 97-prosenttisesti neljän monikansallisen yrityksen hallinnassa. Lisäksi kuten Contse on todennut ilman, että tästä asiasta olisi ilmaistu eriäviä mielipiteitä, osallistujien välillä ei voi olla huomattavia eroja teknisten näkökohtien perusteella annettavien pisteiden osalta sen vuoksi, että kaikki tarjoajat käyttävät teknisesti samankaltaisia laitteita, joita valmistavia yrityksiä on ainoastaan kaksi tai kolme.
- 33 Näin ollen on todettava, että kaikki riidanalaisten tarjouspyyntöjen riitautetut osatekijät ovat omiaan haittamaan perustamissopimuksessa taatun palvelujen tarjoamisen vapauden käyttämistä tai tekemään tämän vapauden käyttämisestä vähemmän houkuttelevaa. On siis tarkistettava, täyttyvätkö tämän tuomion 25 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä seuraavat neljä edellytystä kunkin riitautetun osatekijän osalta.
- 34 Yhteisön tuomioistuinten ja kansallisten tuomioistuinten välisen toimivallanjaon mukaan pääsääntöisesti kansallisen tuomioistuimen asiana on tutkia, täyttyvätkö nämä edellytykset kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa. Yhteisöjen tuomioistuin voi kyllä ennakkoratkaisupyyntöä käsitellessään tarvittaessa tehdä täsmennyksiä ohjataksaan kansallista tuomioistuinta tulkinnassa (ks. asia C-79/01, Payroll ym., tuomio 17.10.2002, Kok. 2002, s. I-8923, 28 ja 29 kohta). Tätä tarkoitusta varten ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen on ratkaisua tehdessään otettava huomioon seikat, jotka esitetään seuraavassa vastauksena sen esittämiin kysymyksiin.

Osallistumisedellytys

- 35 Ensinnäkin kansallista toimenpidettä on sovellettava ilman syrjintää.
- 36 Tältä osin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan yhdenvertaisuusperiaatteella, jonka erityinen ilmaus on EY 49 artikla, ei kielletä pelkästään kansalaisuuteen perustuvaa ilmeistä syrjintää, vaan myös kaikki piilevät syrjinnän muodot, jolloin soveltamalla muita erotteluperusteita tosiasiallisesti päädytään samaan lopputulokseen (ks. asia 22/80, Boussac Saint-Frères, tuomio 29.10.1980, Kok. 1980, s. 3427, Kok. Ep. V, s. 425, 9 kohta ja asia C-3/88, komissio v. Italia, tuomio 5.12.1989, Kok. 1989, s. 4035, Kok. Ep. X, s. 285, 8 kohta).
- 37 VVaikka osallistumisedellytystä sovellettaisiin erotuksetta kaikkiin yrityksiin, joiden on tarkoitus osallistua kyseessä olevaan tarjouskilpailuun, kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on kuitenkin tutkia, voivatko espanjalaiset toimijat käytännössä täyttää tämän edellytyksen helpommin kuin toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneet toimijat. Tällaisessa tapauksessa tämä edellytys ei täytä syrjimättömyyttä koskevaa vaatimusta (ks. vastaavasti em. asia Gambelli ym., tuomion 71 kohta).
- 38 On kuitenkin syytä korostaa, että mikäli sijoittautumisoikeutta ei rajoiteta, pelkästään se, että sen maakunnan pääkaupungissa, jossa palvelut on tarkoitus suorittaa, on oltava käytössä yleisölle avoimet liiketilat, ei ole merkittävä este ulkomaisille toimijoille.

- 39 Toiseksi kansallinen toimenpide on voitava perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä.
- 40 Tässä tapauksessa on selvää, että osallistumisedellytyksellä, kuten muillakin riidanalaisten tarjouspyyntöjen riitautetuilla osatekijöillä, on tarkoituksena taata se, että potilaiden elämästä ja terveydestä huolehditaan paremmin.
- 41 Kolmanneksi ja neljänneksi kansallisen toimenpiteen on oltava omiaan takaamaan sen päämäärän saavuttaminen, johon sillä pyritään, eikä sillä saa puuttua perusvapauteen enempää kuin on tarpeen kyseisen tavoitteen saavuttamiseksi.
- 42 Komissio ja Contse katsovat tältä osin, että edellytyksestä, jonka mukaan tarjouksen tekevällä yrityksellä on oltava sillä hetkellä, kun tarjous tehdään, yleisölle avoimet liiketilat kyseessä olevan maakunnan pääkaupungissa, ei ole hyötyä sen edellä yksilöidyn päämäärän kannalta, jossa on kyse sen takaamisesta, että potilaiden elämästä ja terveydestä huolehditaan paremmin. Insalud katsoo päinvastaisesti, että tällaisten liiketilojen olemassaolosta on hyötyä tämän päämäärän saavuttamisessa.
- 43 Vaikka oletettaisiin, että voitaisiin katsoa, että tällaisten liiketilojen olemassaolo on omiaan takaamaan potilaiden terveyden, on todettava, että vaatimus siitä, että näiden liiketilojen on oltava käytössä siitä hetkestä alkaen, kun tarjous tehdään, on ilmeisen suhteeton.
- 44 Espanjan hallituksen argumenttia, jossa samalla kun siinä todetaan, että tarjouskilpailun tarkoituksena on tutkia, millä yrityksillä on jo kyseessä olevien palvelujen

suorittamiseksi tarvittavat resurssit, rinnastetaan yleisölle avoimet liiketilat kaikkiin muihin kyseessä olevien palvelujen suorittamisessa välttämättömiin laitteisiin, ei nimittäin voida hyväksyä.

- 45 Komissio katsoo tältä osin perustellusti, että tällaiset liiketilat eivät ole kyseessä olevien palvelujen suorittamisen kannalta keskeinen osatekijä. Jo vähimmäisedellytysten nojalla on nimittäin perustettava seitsemänä päivänä viikossa vuorokauden ympäri käytössä oleva tekninen tukipalvelu, jolla taataan ensi vaiheessa palvelujen tarjoamisen vapautta vähemmän rajoittavalla tavalla sen esillä olevassa asiassa kyseessä olevan päämäärän saavuttaminen, jossa on kyse siitä, että potilaiden henkeä tai terveyttä ei vaaranneta siinä tapauksessa, että laitteen toiminnassa tai sen käytössä esiintyy ongelmia.
- 46 Lisäksi kuten Contse on todennut, tarjouspyynnössä määrätään tarpeen vaatiessa sovellettavasta siirtymäkaudesta, jonka aikana yritys, joka jo suoritti kyseessä olevia palveluja, siirtää näiden palvelujen hallinnan tarjouskilpailun voittaneelle uudelle palvelujen tarjoajalle, jotta varmistutaan siitä, että potilaiden hoito ei keskeydy. On syytä huomata, että tällaisessa tapauksessa tarjouskilpailun voittajan on suoritettava palvelujen suorittamista jatkavalle yritykselle korvaus tarjouspyyntöjen hallinnollisissa erityisehdoissa perustetun järjestelmän mukaisesti. Korvauksen määrä kasvaa kuukausittain sopimuksen teosta lukien aina kolmanteen kuukauteen saakka. Jos tarjouskilpailun voittanut uusi palvelujen tarjoaja ei ole vielä tähänkään mennessä ottanut hoitaakseen kaikkia vaadittavia palveluja, sopimus voidaan purkaa.

Arviointiperusteet

- 47 Aluksi on muistutettava, että vaikka direktiiviä 92/50 kaikella todennäköisyydellä sovelletaan riidanalaisiin tarjouspyyntöihin, on todettava, että esillä olevassa asiassa kyseessä oleva palvelu sisältyy tämän direktiivin liitteeseen I B. Kyseisen direktiivin 9 artiklan mukaan tällaisiin palveluihin sovelletaan kuitenkin ainoastaan tämän

saman direktiivin 14 ja 16 artiklaa sekä I osaston yleisiä säännöksiä mukaan lukien 3 artiklan 2 kohta, johon kansallinen tuomioistuin viittaa, ja VII osaston loppusäännöksiä. Mainittu 14 artikla koskee tekniikan alan yhteisiä sääntöjä ja mainittu 16 artikla sopimuksen tekomenettelyn tuloksia koskevia ilmoituksia.

- 48 Hyödyllisen vastauksen antamiseksi kansalliselle tuomioistuimelle on näin ollen täsmennettävä, että riidanalaisten tarjouspyyntöjen riitautettuihin osatekijöihin ei joka tapauksessa sovelleta direktiivin 92/50 VI osaston 3 lukua, jonka otsikko on ”sopimusten tekemisen perusteet”, eikä siinä säädettyjä rajoituksia.
- 49 On lisäksi muistutettava, että arviointiperusteiden, kuten kaikkien kansallisten toimenpiteiden, on oltava sopusoinnussa syrjintäkiellon periaatteen kanssa, sellaisena kuin se ilmenee palvelujen tarjoamisen vapauteen liittyvissä perustamissopimuksen määräyksissä, ja että palvelujen tarjoamisen vapauden rajoitusten on puolestaan oltava tämän tuomion 25 kohdassa mainitusta oikeuskäytännöstä ilmenevien edellytysten mukaisia.
- 50 Kuten tämän tuomion 34 kohdassa todettiin, kansallisen tuomioistuimen asiana on tutkia, täyttyvätkö nämä edellytykset kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevassa asiassa, ja sen on otettava huomioon seuraavassa esitettävät seikat.
- 51 Ensinnäkin sen osalta, sovelletaanko sitä perustetta ilman syrjintää, jonka mukaan lisäpisteitä annetaan tarjoajalle, jolla on yleisölle avoimia liiketiloja sen maakunnan tietyissä kaupungeissa, jossa palvelut on tarkoitus suorittaa, vaikuttaa siltä, kuten osallistumisedellytyksen osalta esitettiin, että tätä perustetta sovelletaan sinänsä erotuksetta kaikkiin yrityksiin, jotka haluavat tehdä tarjouksen.

- 52 Lisäksi kuten tämän tuomion 40 kohdassa todettiin, on selvää, että kaikki riidanalaisen tarjouspyyntöjen riitautetut osatekijät on sisällytetty tarjouspyyntöön sen takaamiseksi, että potilaiden elämästä ja terveydestä huolehditaan paremmin. Insalud selittää lisäksi, että näillä osatekijöillä on tarkkaan ottaen tarkoituksena puuttua hapen toimitukseen ja laitteiden toimintaan liittyviin ongelmiin ja taata kyseessä olevien palvelujen riittävä saatavuus ilman, että aiheutuu tarpeettomia viivästyksiä ja haittaa potilaille.
- 53 Tämän jälkeen on varmistettava, että mainittu peruste on omiaan takaamaan kyseisen päämäärän saavuttamisen mutta että sillä ei puututa perusvapauteen enempää kuin tässä tarkoituksessa on tarpeen.
- 54 Tältä osin komissio toistaa osallistumisedellytyksen osalta esittämänsä perustelut, eli että se, että nämä liiketilat ovat käytössä ennen sopimuksen täytäntöönpanoa, on tarpeetonta ja suhteetonta. Contse puolestaan myöntää, että tällainen peruste voisi olla yhteensopiva tavoitellun päämäärän kanssa, kun otetaan huomioon tarkoitus auttaa potilaita, mutta se katsoo, että kyseinen päämäärä olisi voitu saavuttaa pelkällä sopimusperusteisella sitoumuksella ottaa käyttöön tällaiset liiketilat siinä tapauksessa, että hankintasopimus tehdään. Insalud ja Espanjan hallitus eivät ota erityisesti kantaa tähän arviointiperusteeseen.
- 55 Tämän kysymyksen osalta on todettava kuten tämän tuomion 43 kohdassa, että vaikka voitaisiin katsoa, että tällaisten liiketilojen olemassaolo on omiaan takaamaan potilaiden terveyden, vaatimus siitä, että näiden liiketilojen on oltava käytössä sillä hetkellä, kun tarjous tehdään, on ilmeisen suhteeton, ja näin on etenkin, kuten tämän tuomion 45 kohdassa todettiin, kun vähimmäisedellytysten nojalla on perustettava tekninen tukipalvelu.

- 56 Niiden arviointiperusteiden osalta, jotka liittyvät tiettyjen sellaisten laitosten omistamiseen, joissa tuotetaan happea, suoritetaan huoltotoimenpiteitä ja pullotetaan happea ja jotka sijaitsevat tuhannen kilometrin säteellä maakunnasta, jossa palvelut on tarkoitus suorittaa, on syytä tarkistaa, voidaanko kyseisillä arviointiperusteilla, vaikka niitä sovelletaan erotuksetta kaikkiin yrityksiin, tosiasiaa suosia lähinnä jo Espanjaan sijoittautuneita yrityksiä.
- 57 Toisin kuin edellytys, joka koskee käytössä olevia liiketiloja ja joka on luonteeltaan sellainen, että se on mahdollista täyttää useita kertoja peräjälkeen, jopa joka kerta, kun se on sopimuksen tekemisen kannalta hyödyllistä, tuotanto-, huolto- tai pullotuslaitoksen omistaminen edellyttää tarjoajalta paljon huomattavampaa investointia, jota ei toteuteta useasti. Tämä jälkimmäinen peruste on luonteeltaan sellainen, että sitä ei olisi helppo täyttää, jos tällaisia laitoksia ei jo ole olemassa. Se seikka, että tarjouspyynnöissä edellytetään, että kyseessä olevia laitoksia ei pelkästään ole tarjoajan käytettävissä, vaan että se omistaa kyseisiä laitoksia, ainoastaan vahvistaa käsitystä, jonka mukaan tässä perusteessa on tosiasiaa kyse siitä, että suositetaan jatkuvuutta.
- 58 Näin ollen ainoastaan yrityksille, joilla jo on tällaisia laitoksia Espanjan alueella tai sen ulkopuolella, mutta alle tuhannen kilometrin etäisyydellä kyseessä olevasta maakunnasta, voitaisiin antaa näihin perusteisiin liittyviä pisteitä.
- 59 Lisäksi vaikka kyseessä olevista maakunnista eli Cáceresista ja Badajozista tuhannen kilometrin säteellä sijaitseva maantieteellinen alue kattaa Espanjan alueen lisäksi koko Portugalin alueen, siihen kuuluu ainoastaan osa Ranskaa ja lähestulkoon kaikki jäsenvaltiot jäävät sen ulkopuolelle, joten laitokset, jotka sijaitsevat, kuten esillä olevassa asiassa, Belgiassa tai Italiassa, eivät olisi määrättyllä etäisyydellä.

- 60 Kuten tämän tuomion 37 kohdassa todettiin, jos kansallinen tuomioistuin katsoo, että espanjalaisten toimijoiden on käytännössä helpompi toteuttaa arviointiperusteen mukaiset vaatimukset kuin toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneiden toimijoiden, tämä peruste ei täytä syrjimättömyyttä koskevaa vaatimusta (ks. em. asia Gambelli ym., tuomion 71 kohta).
- 61 Joka tapauksessa vaikka toimituksen luotettavuus voi kuulua niihin huomioon otettaviin perusteisiin, joilla määritellään taloudellisesti edullisinta tarjousta tapauksessa, joka koskee pääasiassa kyseessä olevan kaltaista palvelua, jossa on kyse siitä, että pyritään huolehtimaan ihmisten elämästä ja terveydestä siten, että määrätään monipuolisesta omasta tuotannosta, joka sijaitsee lähellä kuluttajia (ks. vastaavasti asia C-324/93, Evans Medical ja Macfarlan Smith, tuomio 28.3.1995, Kok. 1995, s. I-563, 44 kohta), on todettava, että esillä olevassa asiassa vaikuttaa siltä, että nämä perusteet ovat monella tapaa epäsuhtaisia tavoitellun päämäärän kannalta.
- 62 Ensinnäkin vaikka Espanjan hallitus toteaa perustellusti, että kaikki välimatkaa tai kuljetukseen käytettävää aikaa koskevat valinnat ovat omavaltaisia, on todettava, että vaikuttaa siltä, että esillä olevassa asiassa hyväksytyllä perusteella, jonka mukainen etäisyys on tuhat kilometriä, ei taata kyseessä olevan päämäärän toteutumista.
- 63 Yhtäältä Espanjan hallitus ei esitä mitään seikkoja niiden perusteluidensa tueksi, joiden mukaan viivästysten todennäköisyys, joka kasvaa suhteessa välimatkan pituuteen, on vähäisempi sen valvonnan ansiosta, jota tämän jäsenvaltion viranomaisten olisi mahdollista harjoittaa siinä tapauksessa, että sen alueella esiintyisi ongelmia. Tätä argumenttia ei siis voida hyväksyä.
- 64 Toisaalta vaikka oletettaisiin, että Euroopan yhteisön sisärajojen ylittämisestä aiheutuu Espanjan hallituksen pelkäämiä viivästyksiä, sillä, että määrätään tuhannen kilometrin mittaisesta säteestä, ei saavuteta tavoiteltua päämäärää, koska kyseinen säde ulottuu Espanjan rajojen ulkopuolelle.

- 65 Toiseksi komissio toteaa yhtäältä, että tuotantolaitoksissa tuotettu happi toimitetaan pulloihin pakkaamista varten keskuksiin, jossa aine muutetaan kaasuksi, ja toisaalta, että näissä keskuksissa on haverien, teknisten keskeytysten tai hätätilanteiden varalta riittävä täysien pullojen varmuusvarasto hapen saatavuuden takaamiseksi vähintään viidentoista päivän ajaksi.
- 66 Kuten myös Contse toteaa, tuotantolaitosten läheisyydellä ei näin ollen taata, että toimitusten luotettavuutta koskeva päämäärä toteutuu. Kansallisen tuomioistuimen asiana on tutkia, onko tilanne toinen niiden laitosten osalta, joissa suoritetaan huoltotoimenpiteitä ja pullotetään happea.
- 67 Lisäksi yritysten yleinen käytäntö vahvistaa, että on olemassa palvelujen tarjoamisen vapautta vähemmän rajoittavia keinoja saavuttaa tavoiteltu päämäärä eli se, että varmistetaan lääkkeellisen kaasun saatavuus lähellä kuluttajia. Kuten komissio ja Contse ovat todenneet, näissä keinoissa on kyse siitä, että lisäpisteitä antamalla suositetaan varastotiloja, joissa on kaasuvälikamari, jolla on tarkoitus tarvittaessa paikata tietyinä ajankohtana mahdollisesti esiintyvät häiriöt ja keskeytykset tuotanto- tai pulloituslaitoksilta lähtevissä kuljetuksissa.
- 68 Lopuksi on todettava, siltä osin kuin komissio sekä Contse arvostelevat tuotantolaitosten omistamiselle annettua merkitystä, että hankintaviranomaiset ovat vapaita valitsemaan ne perusteet, joiden mukaisesti sopimus tehdään, minkä lisäksi niillä on myös vapaus päättää niiden painottamisesta, kunhan painottamisella mahdollistetaan käytettäviksi valittujen perusteiden kokonaisvaltainen arviointi taloudellisesti edullisimman tarjouksen yksilöimiseksi (ks. vastaavasti asia C-448/01, EVN ja Wienstrom, tuomio 4.12.2003, Kok. 2003, s. I-14527, 39 kohta). Näin olisi myös silloin, jos kyseessä olevat palvelut kuuluisivat direktiivin 92/50 liitteeseen I B, niin kuin esillä olevat hankinnat saattavat kuulua, ja siten vähemmän rajoittavaan hankintoihin koskevaan järjestelmään.

- 69 On kuitenkin todettava, että pääasiassa tuotantolaitoksiin liittyvä peruste ei koske hankinnan kohteena olevia palveluja, eli hoitoon käytettävän hapen toimittamista kotiin, eikä edes tuotettavia kaasumääriä, vaan tarjoajan omistamien laitosten suurinta mahdollista tuotantokapasiteettia, koska lisäpisteitä annetaan aina, kun jokin kolmesta vuosittaisen kokonaistuotannon kynnsarvoista ylittyy.
- 70 Siten arviointiperusteiden, jotka liittyvät tässä tapauksessa lisäpisteiden antamiseen yhä merkittävämmän tuotantokapasiteetin perusteella, ei voida katsoa liittyvän hankinnan päämäärään, eikä niillä varsinkaan voida taata kyseisen päämäärän saavuttamista (ks. vastaavasti em. asia EVN ja Wienstrom, tuomion 68 kohta).
- 71 Vaikka oletettaisiinkin, että mainituista perusteista on määrätty toimitusten luotettavuuden takaamiseksi ja että ne siten liittyvät riidanalaisissa tarjouspyynnöissä tavoiteltuun päämäärään ja niiden avulla kyseinen päämäärä voidaan saavuttaa, on todettava, että sopimuksentekoperusteeksi ei voida pätevästi ottaa tarjoajien kykyä toimittaa suurin mahdollinen määrä tuotetta (ks. vastaavasti em. asia EVN ja Wienstrom, tuomion 70 kohta).
- 72 Tältä osin on muistutettava, että riidanalaisissa tarjouspyynnöissä määrätään tarjouksen tekemistä koskevana edellytyksinä, että tarjoajalla on oltava käytössään enemmän kuin yksi tuotanto- ja pullotuspaikka, ja sen vuotuisen tuotantokapasiteetin on oltava Cáceresin maakuntaan liittyvän tarjouspyynnön osalta vähintään 400 000 m³ ja Badajozin maakuntaan liittyvän tarjouspyynnön osalta vähintään 550 000 m³. Asiakirja-aineistosta ilmenee, että ensin mainittu määrä vastaa 75:tä prosenttia ja jälkimmäinen 80:tä prosenttia arvioidusta kulutuksesta kyseessä olevan hankinnan ensimmäisen vuoden osalta.

- 73 Lisäksi on todettava, että riidanalaisissa tarjouspyynnöissä määrättyistä kolmesta kynnysarvosta ensimmäinen, eli toisen hankinnan osalta vähintään 800 000 m³:n ja toisen osalta vähintään 1 000 000 m³:n suuruinen vuotuinen kokonaistuotanto, jonka ylittymisestä annetaan molemmissa tapauksissa 1,3 pistettä, vastaa määrää, joka ylittää arvioidun kokonaiskulutuksen kyseessä olevan hankinnan neljännen ja viimeisen vuoden osalta. Näin ollen tällaisella tasolla olevaa vuotuista kokonaistuotantokapasiteettia voitaisiin mahdollisesti pitää tämän tuomion 71 kohdassa mainitun toimitusten luotettavuuden takaamista koskevan päämäärän kannalta välttämättömänä.
- 74 Tutkittavana olevilla arviointiperusteilla kuitenkin ylitetään se, mikä on tältä osin tarpeen. Nimittäin siinä tapauksessa, että vuotuisen kokonaistuotannon kynnysarvo, joka on toisen tarjouspyynnön osalta vähintään 1 200 000 m³:a ja toisen osalta vähintään 1 500 000 m³:a, ylittyy, annetaan vielä 1,3 pistettä sekä 2 lisäpistettä, jos tämä tuotanto on toisen tarjouspyynnön osalta vähintään 1 600 000 m³ ja toisen osalta vähintään 2 000 000 m³.
- 75 On syytä huomata, että nämä jälkimmäiset määrät, joissa on kyse kolmannelta vuotuisen kokonaistuotannon kynnysarvosta, ovat kummankin osalta kaksinkertaiset ensimmäisen kynnysarvon muodostamaan, tämän tuomion 73 kohdassa mainittuun määrään nähden.
- 76 Tästä seuraa, että esillä olevassa asiassa hyväksytyt arviointiperusteet eivät ole sopusoinnussa asiaa koskevien yhteisön oikeuden vaatimusten kanssa siltä osin kuin toisen ja kolmannen kynnysarvon ylittymisestä myönnetään lisäpisteitä, koska ylin pistemäärä annetaan tarjoajille, joiden tuotantokapasiteetti ylittää selvästi riidanalaisissa tarjouspyynnöissä ennakoitujen kulutuksen, vaikka jo ensimmäinen kynnysarvo vaikuttaa asianmukaiselta tietyn kaasun saatavuuden takaamiseksi niin pitkälti kuin mahdollista (ks. vastaavasti em. asia EVN ja Wienstrom, tuomion 71 kohta).
- 77 Lopuksi sen osalta, millä tavalla kaksi tarjoajaa, joilla on sama pistemäärä, erotetaan toisistaan, on todettava, että käytössä olevaa sopimuksentekoperustetta sovelletaan

ainoastaan siinä tapauksessa, että kaksi tarjousta, joilla on sama pistemäärä, ovat tasoissa paitsi kokonaispistemäärän, myös teknisen arvioinnin osalta, ja kyseisellä sopimuksentekoperusteella suositetaan tarjoajaa, joka suoritti aikaisemmin näitä palveluja.

78 Myös tällaisen perusteen on täytettävä edellä esitetyt edellytykset. Syrjintää on kuitenkin se, että asia ratkaistaan automaattisesti ja lopullisesti sellaisen toimijan hyväksi, joka on jo kyseessä olevilla markkinoilla.

79 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että se, että hankintaviranomainen määrää julkisten palvelujen, joissa on kyse kotona suoritettavista hengitysterapiapalveluista ja muista hengityshoitoon liittyvistä menetelmistä, hankintaa koskevan sopimuksen hankintaeritelmässä yhtäältä osallistumisedellytyksestä, jonka mukaan tarjouksen tekevällä yrityksellä on oltava sillä hetkellä, kun tarjous tehdään, yleisölle avoimet liiketilat sen maakunnan pääkaupungissa, jossa palvelut on suoritettava, ja toisaalta tarjousten arviointiperusteista, joiden mukaan annetaan lisäpisteitä siitä, että tarjouksen tekevällä yrityksellä on sillä hetkellä, kun tarjous tehdään, laitoksia, joissa tuotetaan happea, suoritetaan huoltotoimenpiteitä ja pullotetaan happea ja jotka sijaitsevat alle tuhannen kilometrin etäisyydellä mainitusta maakunnasta, ja siitä, että kyseisellä yrityksellä on ennestään tämän maakunnan tietyillä muilla paikkakunnilla sijaitsevia yleisölle avoimia liiketiloja, ja joiden mukaan tilanteessa, jossa pisteet ovat tasan usean tarjouksen osalta, suositetaan yritystä, joka on jo aikaisemmin suorittanut kyseessä olevia palveluja, on EY 49 artiklan kanssa ristiriidassa, jos — ja kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on tämä asia tutkia — näitä osatekijöitä sovelletaan syrjivästi, niitä ei voida perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä, ne eivät ole omiaan takaamaan niillä tavoiteltavan päämäärän toteuttamista tai niillä puututaan perusvapautteen enemmän kuin on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi.

Oikeudenkäyntikulut

80 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely yhteisöjen tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä yhteisöjen tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla yhteisöjen tuomioistuin (kolmas jaosto) on ratkaissut asian seuraavasti:

Se, että hankintaviranomainen määrää julkisten palvelujen, joissa on kyse kotona suoritettavista hengitysterapiapalveluista ja muista hengityshoitoon liittyvistä menetelmistä, hankintaa koskevan sopimuksen hankintaeritelmässä yhtäältä osallistumisedellytyksestä, jonka mukaan tarjouksen tekevällä yrityksellä on oltava sillä hetkellä, kun tarjous tehdään, yleisölle avoimet liiketilat sen maakunnan pääkaupungissa, jossa palvelut on suoritettava, ja toisaalta tarjousten arviointiperusteista, joiden mukaan annetaan lisäpisteitä siitä, että tarjouksen tekevällä yrityksellä on sillä hetkellä, kun tarjous tehdään, laitoksia, joissa tuotetaan happea, suoritetaan huoltotoimenpiteitä ja pullojetaan happea ja jotka sijaitsevat alle tuhannen kilometrin etäisyydellä mainitusta maakunnasta, ja siitä, että kyseisellä yrityksellä on ennestään tämän maakunnan tietyillä muilla paikkakunnilla sijaitsevia yleisölle avoimia liiketiloja, ja joiden mukaan tilanteessa, jossa pisteet ovat tasan usean tarjouksen osalta, suositaan yritystä, joka on jo aikaisemmin suorittanut kyseessä olevia palveluja, on EY 49 artiklan kanssa ristiriidassa, jos — ja kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on tämä asia tutkia — näitä osatekijöitä sovelletaan syrjivästi, niitä ei voida perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä, ne eivät ole omiaan takaamaan niillä tavoiteltavan päämäärän toteuttamista tai niillä puututaan perusvapauten enemmän kuin on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi.

Allekirjoitukset