

CONTSE ÉS TÁRSAI

A BÍRÓSÁG ÍTÉLETE (harmadik tanács)

2005. október 27.*

A C-234/03. sz. ügyben,

az EK 234. cikk alapján előterjesztett előzetes döntéshozatal iránti kérelem tárgyában, amelyet az Audiencia Nacional (Spanyolország) a Bírósághoz 2003. június 2-án érkezett 2003. április 16-i határozatával terjesztett elő az előtte

a **Contse SA**,

a **Vivisol Srl**,

az **Oxigen Salud SA**

és

az **Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)**, korábban **Instituto Nacional de la Salud (Insalud)**

* Az eljárás nyelve: spanyol.

között folyamatban levő eljárásban,

az **Air Liquide Medicinal SL**

és a **Sociedad Española de Carbuos Metálicos SA**

részvételével,

A BÍRÓSÁG (harmadik tanács),

tagjai: A. Rosas (előadó), tanácselnök, J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr és U. Løhmus bírák,

főtanácsnok: C. Stix-Hackl,

hivatalvezető: M. Ferreira főtanácsos,

tekintettel az írásbeli szakaszra és a 2005. január 19-i tárgyalásra,

figyelembe véve a következők által előterjesztett észrevételeket:

— a Contse SA, a Vivisol Srl és az Oxigen Salud SA képviselőiben R. García-Palencia és C. Urda Serrano abogados,

- az Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), korábban Instituto Nacional de la Salud (Insalud) képviselőjében M. Gómez Montes procurador és J-M. Pérez-Gómez abogado,

- a spanyol kormány képviselőjében S. Ortiz Vaamonde, meghatalmazotti minőségben,

- az osztrák kormány képviselőjében M. Fruhmann, meghatalmazotti minőségben,

- az Európai Közösségek Bizottsága képviselőjében G. Valero Jordana és K. Wiedner, meghatalmazotti minőségben,

tekintettel a főtanácsnok meghallgatását követően hozott határozatra, miszerint az ügy elbírálására a főtanácsnok indítványa nélkül kerül sor,

meghozta a következő

Ítéletet

1 Az előzetes döntéshozatali kérelem tárgya az EK 12., az EK 43. és azt követő, illetve az EK 49. és azt követő cikkeknek, valamint a szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési szerződések odaítélési eljárásainak összehangolásáról szóló, 1992. június 18-i 92/50/EGK tanácsi irányelv (HL L 209., 1. o., magyar nyelvű különkiadás 6. fejezet, 1. kötet, 322. o.) 3. cikke (2) bekezdésének értelmezése.

- 2 A kérelmet a Contse SA (a továbbiakban: a Contse), a Vivisol Srl és az Oxigen Salud SA (e három, Olaszországban és Belgiumban oxigén-előállító berendezésekkel rendelkező vállalkozás ideiglenes társulása) és az Instituto Nacional de la Salud (nemzeti egészségügyi intézet, a továbbiakban: az Insalud) közötti jogvitában nyújtották be. Az említett felperesek keresetet indítottak egyrészt az Insalud által közzétett, Cáceres tartomány területére vonatkozó házi oxigénterápiás szolgáltatásra, illetve Badajoz tartomány területére vonatkozó egyéb lélegeztető berendezésekre irányuló két ajánlati felhívás, másrészt az Insalud Presidencia Ejecutivájának az ajánlati felhívás ellen benyújtott panaszokat elutasító 2000. július 10-i határozata ellen.

Jogi háttér

- 3 Az EK 12. cikk kimondja, hogy az EK-Szerződés alkalmazási körében és az abban foglalt különös rendelkezések sérelme nélkül tilos az állampolgárság alapján történő bármely megkülönböztetés.
- 4 Az EK 43. és EK 49. cikk külön-külön rendelkezik a letelepedés és a szolgáltatásnyújtás szabadságáról. E rendelkezések a hátrányos megkülönböztetés tilalmának elvét egyedi módon szabályozzák.
- 5 A 92/50 irányelv 3. cikkének (2) bekezdése is ezt az elvet veszi alapul, amikor kifejti, hogy az ajánlatkérők biztosítják, hogy a különböző piaci szereplőket hátrányosan ne különböztessék meg.

A tényállás és az alapeljárás

- 6 Az Insalud 2000. május 24-i két határozatában Cáceres tartomány területére vonatkozó házi oxigénterápiás szolgáltatásra, illetve Badajoz tartomány területén az egyéb lélegeztető berendezésekre vonatkozó ajánlati felhívást (a továbbiakban: a megtámadott ajánlati felhívások) tett közzé.

- 7 A két ajánlati felhívás dokumentációja, az egyedi igazgatási szabályok és a műszaki előírások egyrészt meghatározzák az elfogadhatósági feltételeket, másrészt pedig az értékelési szempontokat.

- 8 Az elfogadhatósági feltételek nem képezik mérlegelés tárgyát, és azoknak az ajánlat benyújtásának időpontjában kötelezően eleget kell tenni.

- 9 Ezzel kapcsolatban a jogszabály előírja, hogy az ajánlattevőnek a szóban forgó tartomány fővárosában rendelkeznie kell legalább egy, napi minimum nyolc órát és heti öt napot délelőtt és délután nyitva tartó nyilvános irodával (a továbbiakban: az elfogadhatósági feltétel).

- 10 Az iratokból következik, hogy az értékelés a gazdasági és műszaki szempontok pontozásával történik. Jelen esetben az ajánlat gazdasági jellemzői alapján 40, a műszaki szempontok értékelése alapján pedig 100 – legfeljebb tehát 140 – pont volt adható.

- 11 A minőségi bizonyítvány bemutatásán kívül (amely 20 pontot ér) a műszaki előírásokat különböző fejezetekre osztották: berendezések (35 pont), szolgáltatásnyújtás (35 pont), a betegtájékoztató (5 pont) és a szolgáltatás ellenőrzéséről készített jelentés (5 pont).

- 12 A „berendezések” című fejezetnek a nagynyomású gázhengeres oxigénbefűvásra vonatkozó része értelmében az előállított éves mennyiség alapján legfeljebb 4,6 pont adható, ha az ajánlat benyújtásakor az ajánlattevő legalább két oxigén-előállító létesítménnyel bír, amelyek kevesebb mint 1000 km távolságra vannak az adott tartománytól. Fél pont adható egyrészt az ajánlat benyújtásakor már meglévő és adott tartománytól kevesebb mint 1000 km távolságra található további henger-megmunkáló létesítményéért, illetve legalább még egy oxigénpalackozó létesítményéért.

- 13 A „szolgáltatásnyújtás” fejezet értelmében az ajánlattétel időpontjában az adott tartomány bizonyos helyeiben található, napi minimum nyolc órát és heti öt napot délelőtt és délután nyitva tartó további nyilvános irodák 0,9 többletponttal értékelhetők (a megtámadott ajánlati felhívásokban felsorolt három város valamelyikében található irodáért 0,3 pont jár).

- 14 A közbeszerzést az az ajánlattevő nyeri el, amely a legtöbb pontot kapott ajánlatot nyújtotta be. A pontszámok egyezése esetén a jobb műszaki értékeléssel rendelkező ajánlat nyer. Ha a pontszámok továbbra is azonosak, az a vállalkozás nyer, amely ugyanezt a szolgáltatást már korábban is biztosította.

- 15 Az alapeljárás felperesei több panaszt is benyújtottak a megtámadott ajánlati felhívások ellen, amelyeket az Insalud Presidencia Ejecutivája 2000. július 10-i határozatával elutasított.
- 16 Ezt követően az alapeljárás felperesi e határozat és a megtámadott ajánlati felhívások ellen keresetet nyújtottak be a Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madridhoz, amelyet az 2001. szeptember 20-án elutasított. Ezt követően fellebbezést nyújtottak be a kérdést előterjesztő bírósághoz.
- 17 Az alapeljárás felpereseinek álláspontja szerint egyrészt a megtámadott ajánlati felhívások – a jelen ítélet 8–14. pontjában írt bizonyos elemei (a továbbiakban: a vitatott elemek) – sértik az EK 12., EK 43. és EK 49. cikket, valamint a 92/50 irányelv 3. cikkének (2) bekezdését, másrészt azt kérték a kérdést előterjesztő bíróságtól, hogy erre vonatkozóan intézzon előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdést a Bírósághoz.
- 18 Az Insalud álláspontja szerint a megtámadott ajánlati felhívások vitatott elemei jogszerűek, mivel a szóban forgó szolgáltatások egészségügyi jellege és az arra rászoruló betegek különös érzékenysége miatt az illetékes hatóságok nemcsak a szolgáltatás folyamatos ellátását, hanem minden olyan körülmény számon tartását és értékelését is kötelesek biztosítani, amelyek alkalmasak lehetnek az emberi tevékenységgel együttjáró kockázatok csökkentésére, előnyben részesítve azt az ajánlatot, amely e kockázatokat a leghatékonyabban tudja csökkenteni.
- 19 E körülmények alapján az Audiencia Nacional felfüggesztette eljárását, és az alábbi előzetes döntéshozatali kérdést terjesztette a Bíróság elé:

„Tiltják-e az EK 12., EK 43. és azt követő, illetve az EK 49. és azt követő cikkek, valamint a [92/50 irányelv] 3. cikkének (2) bekezdése, hogy házi oxigénterápiás

szolgáltatásokra és lélegeztető berendezésekre vonatkozó ajánlati felhívás dokumentációjában, egyedi igazgatási szabályokban és műszaki előírásokban

- 1) olyan elfogadhatósági feltételeket határozzanak meg, amelyek az ajánlatot benyújtani szándékozó vállalkozásoknak előírják, hogy a szolgáltatásnyújtás helye szerinti tartományban vagy annak fővárosában előzetesen nyilvános irodákkal rendelkezzenek, és

- 2) az odaítélés feltételeit úgy határozzák meg, hogy azok [az olyan vállalkozások által benyújtott ajánlatoknak kedveznek, amelyek
 - a) olyan saját oxigéngyártó, -kezelő és palackozó berendezésekkel rendelkeznek, amelyek a szolgáltatás helye szerinti tartomány fővárosától 1000 km-es körzeten belül találhatóak],

 - b) és amelyek ugyanezen tartomány egyes helységeiben már korábban is rendelkeztek nyilvános irodákkal, vagy

 - c) amelyek már biztosítják ezt a szolgáltatást?”

Az előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés

- 20 Kérdésével a kérdést előterjesztő bíróság lényegében azt kívánja megtudni, hogy az EK 12., EK 43. és EK 49. cikkkel, illetve a 92/50 irányelv 3. cikkének (2) bekezdésével ellentétes-e az, hogy egy ajánlatkérő házi oxigénterápiás és egyéb lélegeztető berendezésekre vonatkozó egészségügyi szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzés dokumentációjában előírja egyrészt, hogy az ajánlat elfogadhatósági feltétele, hogy az ajánlattevő vállalkozásnak az ajánlat benyújtásakor rendelkeznie kell a szolgáltatásnyújtás szerinti tartomány fővárosában legalább egy nyilvános irodával, másrészt, hogy az ajánlat elbírálásakor figyelembe vett értékelési szempontok között – többet pontok beszámításával – az ajánlat benyújtásakor meglévő, a szolgáltatás helye szerinti tartomány fővárosától 1000 km-es körzeten belül található saját oxigéngyártó, -kezelő és palackozó berendezések, illetve a tartomány egyes helységeiben található nyilvános irodák is figyelembe vehetők, valamint azt, hogy több ajánlat pontjainak egyenlősége esetén az a vállalkozás élvez előnyt, amely az adott szolgáltatást korábban is biztosította.
- 21 Az alapeljárás felperesei, az Európai Közösségek Bizottsága és az osztrák kormány szerint e kérdésre igenlő választ kell adni. Az Insalud és a spanyol kormány ezzel ellentétes álláspontra helyezkedik.
- 22 Előzetesen meg kell állapítani, hogy az alapeljárás – a spanyol kormány álláspontjával ellentétben – szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzési eljárást, nem pedig koncesszióknak minősülő szolgáltatásra vonatkozó szerződést érint. Mint azt a tárgyaláson az Insalud is kifejtette, a szolgáltatás hiányosságaiból eredő kárért a spanyol hatóság felelős. Ez az elem – vagyis hogy az említett szolgáltatás ellátásával járó kockázatokat nem ruházzák át –, illetve hogy a szolgáltatást a spanyol egészségügyi hatóság fizeti, alátámasztja ezt a megállapítást. A kérdést előterjesztő bíróság feladata ugyanakkor annak ellenőrzése, hogy valóban ez-e a helyzet.

- 23 A kérdést előterjesztő bíróság kérdései az EK-Szerződés által előírt alapvető szabályokra vonatkoznak, amelynek ezt követő rendelkezései még akkor is relevánsak lehetnek, ha a 92/50 irányelv által nem szabályozott közszolgáltatás koncessziójáról van szó. Valójában az elsődleges jog, közelebbről a Szerződésben előírt alapszabadságok fényében kell a közösségi jog ilyen koncessziók odaítélésére vonatkozó következményeit megvizsgálni (lásd különösen a C-231/03. sz. Coname-ügyben 2005. július 21-én hozott ítélet EBHT 2005., I-7287. o. 16. pontját).
- 24 A kérdést előterjesztő bíró által hivatkozott alapvető szabályok két részre oszthatók. Egyrészt a letelepedés szabadságával kapcsolatos, EK 43. és azt követő cikkekre, másrészt a szolgáltatásnyújtás szabadságával kapcsolatos EK 49. és azt követő cikkekre.
- 25 A Bíróság elé észrevételeket terjesztő felekhez hasonlóan emlékeztetni kell arra, hogy az EK 46. cikkből következően azoknak a nemzeti intézkedéseknek, amelyek alkalmasak arra, hogy megzavarják vagy kevésbé vonzóvá tegyék a Szerződés által biztosított alapszabadságok gyakorlását, az állandó ítélkezési gyakorlat értelmében négy feltételnek kell eleget tenniük ahhoz, hogy összhangban álljanak az EK 43. és EK 49. cikkel: alkalmazásuk hátrányos megkülönböztetéstől mentes, a közérdeken alapuló kényszerítő indok által igazoltak, alkalmasak az általuk elérni kívánt célok megvalósításának biztosítására, és nem lépnek túl az elérni kívánt cél megvalósításához szükséges mértéken (lásd a C-19/92. sz. Kraus-ügyben 1993. március 31-én hozott ítélet [EBHT 1993., I-1663. o.] 32. pontját, a C-55/94. sz. Gebhard-ügyben 1995. november 30-án hozott ítélet [EBHT 1995., I-4165. o.] 37. pontját, valamint a C-243/01. sz., Gambelli és társai ügyben 2003. november 6-án hozott ítélet [EBHT 2003., I-13031. o.] 64. és 65. pontját).
- 26 Mindezek alapján a megtámadott ajánlati felhívások vitatott elemeit megvizsgálva azt kell ellenőrizni, hogy ezen elemek alkalmasak-e arra, hogy megzavarják vagy

kevésbé vonzóvá tegyék a nem spanyolországi székhelyű vállalkozásoknak a Szerződésben biztosított alapszabadságok gyakorlását.

- 27 Amennyiben ezek az elemek nem jelentenek akadályt a vállalkozások spanyol területen való letelepedésével szemben, elsőként meg kell állapítani, hogy a letelepedés szabadságának korlátozása jelen esetben nem áll fenn.
- 28 Másodsorban azt kell megvizsgálni, hogy az említett elemek korlátozzák-e a szolgáltatásnyújtás szabadságát.
- 29 Ezzel kapcsolatban meg kell állapítani, hogy az említett szolgáltatások elsődleges címzettje az Insalud, mivel a házi oxigénterápiás kezelésre vonatkozó megrendelések 90%-a az állami szektorból származik. Ezért a Bizottság helyesen mutat arra rá, hogy az elfogadhatósági feltétel a vállalkozások számára olyan költségeket hoz létre, amelyek elszámolása csak abban az esetben volna lehetséges, ha az ő ajánlatuk nyer, ezáltal tehát sokkal kevésbé érdemes ajánlatot benyújtaniuk. Mindez arra az értékelési szempontra is vonatkozik, amelynek értelmében többletpont jár, ha az adott vállalkozásnak az ajánlati felhívásban felsorolt város egyikében már van irodája.
- 30 Az oxigénygyártó, -kezelő és palackozó létesítményekre vonatkozó értékelési szempontok – mivel a vállalkozásnak 1000 km-es körzeten belül már rendelkeznie kell ilyen létesítményekkel – önmagukban megzavarhatják a vállalkozást az ajánlat benyújtásával kapcsolatban.

- 31 Végül az azonos pontszámmal rendelkező két ajánlattevő közötti döntés módja – amelynek értelmében az érintett spanyol piacon már jelenlévő vállalkozás előnyt élvez – elsősorban a piac nagyfokú homogenitása miatt egy ajánlat benyújtása a vállalkozások számára sokkal kevésbé lesz vonzó.
- 32 Az iratokból következik, hogy az orvosi felhasználású gáz spanyol piacát 97%-ban négy multinacionális cég ellenőrzi. A Contse – anélkül, hogy ezt mások vitatták volna – kifejtette, hogy a műszaki szempontok alapján adható pontokat illetően a résztvevők között nincsenek komoly különbségek, mivel valamennyi ajánlattevő két vagy három vállalkozás által gyártott hasonló műszaki berendezést használ.
- 33 Ebből következően meg kell állapítani, hogy a megtámadott ajánlati felhívások vitatott elemei mindenképpen alkalmasak arra, hogy megzavarják vagy kevésbé vonzóvá tegyék a szolgáltatásnyújtás Szerződésben előírt szabadságát. Ebből következően azt kell ellenőrizni, hogy az egyes vitatott elemek teljesítik-e a – jelen ítélet 25. pontjában hivatkozott – ítélkezési gyakorlatban kifejtett négy feltételt.
- 34 A közösségi és a tagállami bíróságok közötti hatáskörök megosztásával kapcsolatban a nemzeti bíróság feladata annak ellenőrzése, hogy az általa tárgyalt ügyben e feltételek teljesülnek-e. Bár előzetes döntéshozatalra előterjesztett kérdés esetén a Bíróság adott esetben – a nemzeti bíróság jogértelmezését segítő – ezt részletesebben is kifejtheti (lásd ezzel kapcsolatban a C-79/01. sz., Payroll és társai ügyben 2002. október 17-én hozott ítélet [EBHT 2002., I-8923. o.] 28. és 29. pontját). E célból – és a kérdést előterjesztő bíróság által feltett kérdésekre válaszolva – e bíróság feladata figyelembe venni az alábbiakban kifejtésre kerülő elemeket.

Elfogadhatósági feltétel

- 35 Elsőként a nemzeti rendelkezésnek hátrányos megkülönböztetéstől mentesnek kell lennie.
- 36 Ezzel kapcsolatban a Bíróság ítélkezési gyakorlata alapján – elsősorban az EK 49. cikkben kifejtett – egyenlő bánásmód elve nemcsak az állampolgárság alapján történő nyilvánvaló hátrányos megkülönböztetést tiltja, de minden rejtett módon való hátrányos megkülönböztetést is, amelyek egyéb megkülönböztető kritériumok alkalmazása által végül ténylegesen ugyanarra az eredményre vezetnek (lásd a 22/80. sz., Boussac Saint-Frères ügyben 1980. október 29-én hozott ítélet [EBHT 1980., 3427. o.] 9. pontját és a C-3/88. sz., Bizottság kontra Olaszország ügyben 1989. december 5-én hozott ítélet [EBHT 1989., I-4035. o.] 8. pontját).
- 37 Bár az elfogadhatósági feltétel a szóban forgó ajánlati felhívásra pályázni szándékozó valamennyi vállalkozásra vonatkozik, a nemzeti bíróság feladata annak ellenőrzése, hogy ezt a feltételt a spanyol piaci szereplők könnyebben tudják-e teljesíteni, mint a más tagállamban letelepedettek. Ez utóbbi esetben a feltétel sérti a hátrányos megkülönböztetés tilalmának elvét (lásd ezzel kapcsolatban a fent hivatkozott Gambelli-ügyben hozott ítélet 71. pontját).
- 38 Kiemelendő azonban, hogy a letelepedés szabadságának korlátozása nélkül a szolgáltatás helye szerinti tartomány fővárosában található nyilvános iroda nem jelentene komoly akadályt a külföldi piaci szereplőknek.

- 39 A nemzeti intézkedésnek másodsorban a közérdeken alapuló kényszerítő indoknak kell igazolnia.
- 40 Jelen esetben egyértelmű, hogy az elfogadhatósági feltétel és a megtámadott ajánlati felhívások egyéb vitatott elemeinek célja minél jobban biztosítani a betegek életének és egészségének védelmét.
- 41 Harmad- és negyedrészt a nemzeti intézkedésnek alkalmasnak kell lennie az elérni kívánt cél megvalósítására, és nem léphet túl az annak eléréséhez szükséges mértéken.
- 42 Ezzel kapcsolatban a Bizottság és a Contse is úgy véli, hogy az ajánlat benyújtásának időpontjában rendelkezésre álló, a szolgáltatás helye szerinti tartomány fővárosában található nyilvános irodára vonatkozó feltételre nincs szükség a fent írt célhoz, vagyis ahhoz, hogy minél jobban biztosítsák a betegek életének és egészségének védelmét. Az Insalud álláspontja szerint viszont ilyen irodák megléte e cél elérését szolgálja.
- 43 Még ha fel is tesszük, hogy az iroda mint olyan megléte valóban szükséges a betegek egészségének biztosításához, akkor is megállapítható, hogy nyilvánvalóan aránytalan az az előírás, amelynek értelmében az irodákkal már az ajánlat benyújtását megelőzően rendelkezni kell.
- 44 Nem fogadható el a spanyol kormány azon érve, mely szerint az ajánlati felhívás célja ellenőrizni, hogy melyek azok a vállalkozások, amelyek már rendelkeznek a szóban

forgó szolgáltatások ellátásához szükséges eszközökkel, mivel ez a nyilvános irodát a szolgáltatás ellátásához szükséges egyéb berendezésekkel egy csoportba sorolja.

- 45 Ezzel kapcsolatban a Bizottság helyesen állapítja meg, hogy egy ilyen iroda nem elengedhetetlen a szolgáltatás ellátásához. Az alapfeltétel valójában egy, a hét minden napján napi 24 órában működő műszaki ügyelet létrehozása, amely a szolgáltatásnyújtás szabadságát kevésbé korlátozó módon biztosítja a jelen esetben elérni kívánt célt, vagyis azt, hogy a berendezés működésében vagy használatában bekövetkező probléma esetén a betegek életét és egészségét ne veszélyeztessék.
- 46 Mindezen felül – mint azt a Contse kifejtette – szükség esetén a folyamatos betegellátás biztosítása érdekében egy átmeneti időszakot is meghatároztak arra nézve, amikor a szolgáltatást eddig nyújtó vállalkozás az irányítást a közbeszerzés nyertesére ruházza át. Meg kell azonban említeni, hogy ebben az esetben a nyertes – az ajánlati felhívás egyedi igazgatási szabályaiban meghatározott módon – köteles megtéríteni a szolgáltatást még továbbra is biztosító vállalkozás költségeit. A díjazás a szerződés megkötésétől számított harmadik hónapig folyamatosan növekszik. Ha az új piaci szereplő továbbra sem biztosít minden előírt szolgáltatást, a szerződés felmondható.

Az értékelési szempontok

- 47 Elsőként emlékeztetni kell arra, hogy bár a 92/50 irányelv mindenképpen alkalmazandó a megtámadott ajánlati felhívásokra, meg kell állapítani, hogy a jelen ügyben szóban forgó szolgáltatás az irányelv I. B. mellékletében szerepel. Az irányelv 9. cikke értelmében azonban e szolgáltatásokra csak az irányelv 14. és 16. cikke,

illetve az I. címbe szereplő általános rendelkezések alkalmazandóak, köztük a nemzeti bíróság által is hivatkozott 3. cikk (2) bekezdése, valamint ugyanezen irányelv VII. címének záró rendelkezései. Az említett 14. cikk a műszaki kérdésekkel kapcsolatos közös szabályokra, az említett 16. cikk pedig az odaítélési eljárás eredményével kapcsolatos hirdetményre vonatkozik.

- 48 Ebből következően tehát – hasznosan megválaszolva a nemzeti bíróság kérdését – meg kell állapítani, hogy a megtámadott ajánlati felhívások vitatott elemei nem tartoznak a 92/50 irányelv VI. címének „A szerződés odaítélésének feltételei” elnevezésű 3. fejezetének és az abban foglalt korlátozásoknak a hatálya alá.
- 49 Egyebekben arra is emlékeztetni kell, hogy az értékelési szempontoknak – valamilyen nemzeti intézkedéshez hasonlóan – tiszteletben kell tartaniuk a hátrányos megkülönböztetés tilalmának a Szerződés szolgáltatásnyújtás szabadságára vonatkozó rendelkezéseiből következő elvét, valamint azt, hogy ez utóbbi korlátozásának eleget kell tennie a jelen ítélet 25. pontjában hivatkozott ítélkezési gyakorlat által meghatározott négy feltételnek.
- 50 Mint az jelen ítélet 34. pontjából is következik, a nemzeti bíróság feladata annak ellenőrzése, hogy az általa tárgyalt ügyben – az alábbi pontokban kifejtésre kerülő elemek figyelembevételével – teljesülnek-e az említett feltételek.
- 51 Először is az ajánlattevőnek a szolgáltatásnyújtás helye szerinti tartományban lévő nyilvános irodájáért adható többletpontokra vonatkozó szempont hátrányos megkülönböztetéstől mentes alkalmazásából következően – mint az az elfogadhatósági feltételeknél már kifejtésre került – e szempont az ajánlatot benyújtani kívánó vállalkozásoktól függetlenül, önmagában is alkalmazandó.

- 52 A jelen ítélet 40. pontjából is következően megállapítható, hogy a megtámadott ajánlati felhívások egyes vitatott elemei azzal a céllal szerepeltek az ajánlati felhívásban, hogy minél jobban biztosítsák a betegek életének és egészségének védelmét. Az Insalud egyebekben kifejti, hogy ezen elemek célja egészen pontosan az oxigénellátással és a berendezések működésével kapcsolatos problémák orvoslása, illetve az említett szolgáltatások megfelelő, szükségtelen késedelem és a betegnek való károkozás nélküli betegellátás biztosítása.
- 53 Ebből következően ellenőrizni kell, hogy az említett szempont szükséges-e e cél eléréséhez, illetve hogy nem lép-e túl az elérni kívánt cél megvalósításához szükséges mértéken.
- 54 Ezzel kapcsolatban a Bizottság megismétli az elfogadhatósági feltétel során előadott érvelését, nevezetesen azt, hogy szükségtelen és aránytalan azt előírni, hogy ezekkel az irodákkal már a szerződés teljesítése előtt rendelkezni kell. A Contse a maga részéről elismeri ugyan, hogy ez a szempont – a betegellátás céljára tekintettel – illeszkedhet az elérni kívánt célhoz, azonban véleménye szerint ezt a szerződés elnyerése esetén irodák létrehozására vonatkozó, egyszerű szerződéses kötelezettségvállalással is el lehet érni. Erre az értékelési szempontra sem az Insalud, sem a spanyol kormány nem tér ki.
- 55 E kérdéssel kapcsolatban – mint az jelen ítélet 43. pontjában is kifejtésre került – még ha fel is tesszük, hogy ezen irodák megléte szükséges a betegek egészségének biztosításához, mindenképpen megállapítható, hogy nyilvánvalóan aránytalan az a követelmény, amely szerint az irodákkal már az ajánlat benyújtásakor rendelkezni kell, különösen, mivel – mint az jelen ítélet 45. pontjában kifejtésre került – az alapkövetelmények értelmében mindenképpen létre kell hozni egy műszaki ügyeletet.

- 56 A vállalkozásoknak a szolgáltatásnyújtás helyétől számított 1000 km-es körzetben belül rendelkezésére álló oxigéngyártó, -kezelő és palackozó létesítményekre vonatkozó értékelési szempontokkal kapcsolatban azt kell ellenőrizni, hogy azok – bár valamennyi vállalkozásra vonatkoznak – lényegében előnyben részesíthetik-e a Spanyolországban már meglévő vállalkozásokat.
- 57 Valójában a rendelkezésre álló irodával ellentétben – ami jellegénél fogva egy szerződés odaítélésének függvényében bármikor teljesíthető – az ajánlattevő saját gyártó, -kezelő és palackozó létesítményének megléte jóval nagyobb beruházást igényel annál, hogy többször teljesíteni lehetne. Ez utóbbi feltétel jellegéből adódóan annak nem könnyű eleget tenni, ha e létesítmények még nem állnak rendelkezésre. Az, hogy nemcsak az említett létesítmények feletti rendelkezést, hanem azok tulajdonjogát is előírják, csak alátámasztja azt az elképzelést, hogy e szempont tulajdonképpen a meglévő állapotot részesíti előnyben.
- 58 Mindezek alapján kizárólag azok a vállalkozások kaphatják meg e szemponthoz kapcsolódó pontokat, amelyek a spanyol területen – vagy azon kívül, de a szóban forgó tartomány 1000 km-es körzetén belül – már rendelkeznek ilyen létesítményekkel.
- 59 Mindezen felül ha a földrajzi terület a szóban forgó tartományok – vagyis Cáceres és Badajoz – 1000 km-es körzetén belül található, az Portugália egészét, Franciaországnak azonban csak egy részét foglalja magában, ráadásul szinte az összes többi tagállam területén található létesítmény – legyen az, mint jelen esetben, Belgiumban vagy Olaszországban – kívül esik az előírt távolságon.

- 60 A jelen ítélet 37. pontjából is következően ha a nemzeti bíróság álláspontja szerint a feltételt a spanyol piaci szereplők könnyebben tudják teljesíteni, mint a más tagállamban letelepedettek, akkor e szempont sérti a hátrányos megkülönböztetés tilalmának elvét (lásd a fent hivatkozott Gambelli-ügyben hozott ítélet 71. pontját).
- 61 Mindenesetre az ellátás biztonsága része lehet azoknak a szempontoknak, amelyeket valamely – mint például az alapeljárás tárgyát képező – szolgáltatásra, konkrétan a betegek életének és egészségének védelmére vonatkozóan, a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlat kiválasztása során a szolgáltatásnyújtás helyéhez közel eső és saját diverzifikált termelést célzó szerződésre írnak elő (lásd értelemszerűen a C-324/93. sz., Evans Medical és Macfarlan Smith ügyben 1995. március 28-án hozott ítélet [EBHT 1995., I-563. o.] 44. pontját), azonban megállapítható, hogy e szempontok a jelen esetben több okból sem felelnek meg az elérni kívánt céloknak.
- 62 Először is bár a spanyol kormánynak igaza van abban, hogy a távolság vagy szállítási időtartam meghatározása önkényesen történik, meg kell állapítani, hogy a jelen esetben előírt 1000 km-es körzet az említett cél elérésére alkalmatlan szempont.
- 63 A spanyol kormány egyrészt semmilyen bizonyítékot nem hoz fel állításának alátámasztására – amelynek értelmében a késedelemmel járó kockázatok, amelyek a megteendő távolsággal egyenes arányban nőnek, e tagállam hatóságai által a területén esetlegesen felmerülő problémák ellenőrzésének köszönhetően csökkennek. Ez az érvelés nem fogadható el.
- 64 Másrészt még ha fel is tesszük, hogy a Közösség belső határainak átlépése a spanyol kormány által hivatkozott késésekhez vezet, az 1000 km-es körzet – mivel túlnyúlik a spanyol határokon – az elérni kívánt cél megvalósítására nem alkalmas.

- 65 Másodsorban – mint arra a Bizottság is rámutat – az előállító létesítményeken gyártott oxigént palackozás céljából a gazifikálást végző központokba szállítják, másrészt egyes központokban kellő mennyiségű tartalékpalack van ahhoz, hogy műszaki hiba vagy vészhelyzet esetén legalább tizenöt napra elegendő oxigént tudjanak biztosítani.
- 66 Mindezek alapján – mint azt a Contse is kifejti – a előállító létesítmények közelsége nem szolgálja az ellátás biztonságára vonatkozó cél elérését. A nemzeti bíróság feladata ellenőrizni, hogy az oxigénkezelő és -palackozó létesítmények esetén eltérő-e a helyzet.
- 67 A vállalkozások által követett gyakorlat többek között azt is alátámasztja, hogy a szolgáltatásnyújtás szabadságának kisebb mértékű korlátozásával is el lehet érni, hogy az orvosi használatú gázok a felhasználás helyéhez közel biztosan rendelkezésre álljanak. Mint arra a Bizottság és a Contse is rámutat, többletpontok odaítélésével azokat a raktárokat részesítik előnyben, amelyek gázkészlete adott esetben meghatározott időtartamon keresztül képes pótolni az előállító vagy palackozó létesítményekből származó szállítmányok esetleges elakadásából vagy ingadozásából eredő hiányt.
- 68 Végül – mivel a Bizottság és a Contse egyaránt kifogásolja az előállító létesítmények tulajdonjogának túlzott jelentőségét – megállapítható, hogy nemcsak a szerződés odaítélési szempontjainak meghatározása, hanem e szempontok súlyozása is az ajánlatkérők választásától függ, feltéve hogy a figyelembe vett szempontok átfogó értékelése alapján a gazdaságilag legelőnyösebb ajánlatot választják ki (lásd ezzel kapcsolatban a C-448/01. sz., EVN és Wienstrom ügyben 2003. december 4-én hozott ítélet [EBHT 2003., I-14527. o.] 39. pontját). Ugyanez a helyzet, ha az említett szolgáltatás a szóban forgó szerződéshez hasonlóan a 92/50 irányelv I. B. melléklete alá tartozik, ezért a szerződés odaítélésére a kevésbé megszorító szabályozás az irányadó.

- 69 Meg kell tehát állapítani, hogy az alapügyben a előállító létesítményekre vonatkozó szempont nem a szerződés tárgyát képező – házi oxigénterápia ellátására irányuló – szolgáltatáshoz vagy az előállítandó gáz mennyiségéhez kapcsolódik, hanem – mivel a három éves össztermelési határérték bármelyikét meghaladó termelés esetén többletpont jár – az ajánlattevő tulajdonában álló létesítmények maximális termelőképességére vonatkozik.
- 70 Mindezek alapján a jelen esetben nagyobb termelőképességért adott többletpontokra vonatkozó értékelési szempontok nem kapcsolódnak a szerződés céljához, és még kevésbé alkalmasak annak megvalósítására (lásd értelemszerűen a fent hivatkozott EVN és Wienstrom ügyben hozott ítélet 68. pontját).
- 71 Végül – feltételezve, hogy az említett szempontok alapja a szolgáltatás ellátásának biztonságára irányuló erőfeszítés biztosítása, következésképpen a megtámadott ajánlati felhívások által elérni kívánt célhoz kapcsolódnak, és alkalmasak annak megvalósítására – megállapítható, hogy az odaítélés szempontjaként nem írható elő az ajánlattevőknek, hogy a termékből a lehető legtöbbet legyenek képesek előállítani (lásd ezzel kapcsolatban a fent hivatkozott EVN és Wienstrom ügyben hozott ítélet 70. pontját).
- 72 Ezzel kapcsolatban emlékeztetni kell arra, hogy a megtámadott ajánlati felhívások értelmében az ajánlat benyújtásának feltétele, hogy az ajánlattevő egynél több előállító és palackozó üzemmel rendelkezzen, és a Cáceres tartományra kiírt ajánlati felhívás esetén képes legyen legalább évi 400 000 m³-t, a Badajoz tartományra kiírt ajánlati felhívás esetén legalább évi 550 000 m³-t előállítani. Az iratokból következően ezek az értékek külön-külön az adott piac első éves fogyasztásának körülbelül 75, illetve 80%-át adják.

- 73 Mindezen felül megemlítendő, hogy a megtámadott ajánlati felhívásokban szereplő három határérték közül az első, vagyis az évente termelt, szerződésenként és külön-külön legalább $800\,000\text{ m}^3$ és $1\,000\,000\text{ m}^3$ mennyiség – amelyek meghaladása e két esetben 1,3 pont odaítélését jelenti – meghaladja az adott piacon a negyedik és az utolsó évre előírányzott fogyasztást. Ebből következően az ilyen mennyiségű éves termelési kapacitás adott esetben szükséges lehet a – jelen ítélet 71. pontjában kifejtett – cél eléréséhez, vagyis az ellátás akadálytalan biztosításához.
- 74 Az értékelési szempontok – mint vizsgálatukból kiderül – azonban túllépik a fenti célhoz szükséges mértéket. További 1,3 pont adható ugyanis a külön-külön legalább évi $1\,200\,000\text{ m}^3$ és $1\,500\,000\text{ m}^3$ termelési határérték meghaladásáért, illetve további két pont jár, ha ennek során külön-külön legalább $1\,600\,000\text{ m}^3$ -t és $2\,000\,000\text{ m}^3$ -t állítanak elő.
- 75 Kiemelendő, hogy ez utóbbi értékek a harmadik éves össztermelési határértékkel azonosak, vagyis külön-külön az első – a jelen ítélet 73. pontjában kifejtett – határérték kétszeresének felelnek meg.
- 76 Mindebből következően – miután a megtámadott ajánlati felhívásokban előre jelzett fogyasztást jóval meghaladó termelési kapacitással bíró ajánlattevőnek maximum két pont jár – mivel az első határérték is elegendő az akadálytalan gázellátás lehető legteljesebb mértékű biztosításához, a jelen esetben figyelembe vett értékelési szempontok – vagyis a második és harmadik éves össztermelési határérték meghaladásáért odaítélt többletpontok – nem egyeztethetőek össze az e tárgyra vonatkozó közösségi joggal (lásd értelemszerűen a fent hivatkozott EVN és Wienstrom ügyben hozott ítélet 71. pontját).
- 77 Végül az azonos pontszámmal rendelkező ajánlattevők közötti döntés esetén az odaítélés e szempontja csak akkor alkalmazandó, ha az összpontszám mellett a két

ajánlat műszaki pontjai is azonosak, amely esetben a szolgáltatást már korábban is biztosító vállalkozás nyer.

78 A fent kifejtett feltételeket e szempont esetén is be kell tartani. Az adott piacon már jelenlevő piaci szereplő javára való automatikus és végleges döntés hátrányos megkülönböztetéshez vezet.

79 A fenti megállapításokból következik, hogy az EK 49. cikkel ellentétes, hogy egy ajánlatkérő házi oxigénterápiás és egyéb lélegeztető berendezésekre vonatkozó egészségügyi szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzés dokumentációjában előírja egyrészt, hogy az ajánlat elfogadhatósági feltétele, hogy az ajánlattevő vállalkozásnak az ajánlat benyújtásakor rendelkeznie kell a szolgáltatásnyújtás szerinti tartomány fővárosában legalább egy nyilvános irodával, másrészt, hogy az ajánlat elbírálásakor figyelembe vett értékelési szempontok között – többletpontok beszámításával – az ajánlat benyújtásakor meglévő, a szolgáltatás helye szerinti tartomány fővárosától 1000 km-es körzeten belül található oxigéngyártó, -kezelő és palackozó berendezések, illetve a tartomány egyes helységeiben található nyilvános irodák is figyelembe vehetők, illetve azt, hogy több ajánlat pontjainak egyenlősége esetén az a vállalkozás élvez előnyt, amely az adott szolgáltatást korábban is biztosította, amennyiben ezek alkalmazása – a nemzeti bíróság megítélése szerint – hátrányos megkülönböztetéshez vezet, a közérdeken alapuló kényszerítő indok nem igazolja, nem alkalmas az általuk elérni kívánt célok megvalósításának biztosítására, és túllépi az elérni kívánt cél megvalósításához szükséges mértéket.

A költségekről

80 Mivel ez az eljárás az alapeljárásban részt vevő felek számára a nemzeti bíróság előtt folyamatban lévő eljárás egy szakaszát képezi, ez utóbbi bíróság dönt a költségekről. Az észrevételeknek a Bíróság elé terjesztésével kapcsolatban felmerült költségek, az említett felek költségeinek kivételével, nem téríthetők meg.

A fenti indokok alapján a Bíróság (harmadik tanács) a következőképpen határozott:

Az EK 49. cikkkel ellentétes, hogy egy ajánlatkérő házi oxigénterápiás és egyéb lélegeztető berendezésekre vonatkozó egészségügyi szolgáltatásnyújtásra irányuló közbeszerzés dokumentációjában előírja egyrészt, hogy az ajánlat elfogadhatósági feltétele, hogy az ajánlattevő vállalkozásnak az ajánlat benyújtásakor rendelkeznie kell a szolgáltatásnyújtás szerinti tartomány fővárosában legalább egy nyilvános irodával, másrészt, hogy az ajánlat elbírálásakor figyelembe vett értékelési szempontok között – többletpontok beszámításával – az ajánlat benyújtásakor meglévő, a szolgáltatás helye szerinti tartomány fővárosának 1000 km-es körzetén belül található oxigényártó, -kezelő és palackozó berendezések, illetve a tartomány egyes helységeiben található nyilvános irodák is figyelembe vehetők, illetve azt, hogy több ajánlat pontjainak egyenlősége esetén az a vállalkozás élvez előnyt, amely az adott szolgáltatást korábban is biztosította, amennyiben ezek alkalmazása – amelyet a nemzeti bíróság feladata eldönteni – hátrányos megkülönböztetéshez vezet, a közérdeken alapuló kényszerítő indok nem igazolja, nem alkalmas az általuk elérni kívánt célok megvalósításának biztosítására, és túllépi az elérni kívánt cél megvalósításához szükséges mértéket.

Aláírások