

CONTSE E.A.

ARREST VAN HET HOF (Derde kamer)

27 oktober 2005 *

In zaak C-234/03,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Audiencia Nacional (Spanje), bij beslissing van 16 april 2003, ingekomen bij het Hof op 2 juni 2003, in de procedure

Contse, SA,

Vivisol, SRL,

Oxigen Salud, SA,

tegen

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

* Procestaal: Spaans.

in aanwezigheid van:

Air Liquide Medicinal, SL,

Sociedad Española de Carburos Metálicos, SA,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Derde kamer),

samengesteld als volgt: A. Rosas (rapporteur), kamerpresident, J. Malenovský, J.-P. Puissochet, S. von Bahr en U. Löhmus, rechters,

advocaat-generaal: C. Stix-Hackl,
griffier: M. Ferreira, hoofdadministrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 januari 2005,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Contse, SA, Vivisol, SRL, en Oxigen Salud, SA, vertegenwoordigd door R. García-Palencia en C. Urda Serrano, abogados,

- Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), voorheen Instituto Nacional de la Salud (Insalud), vertegenwoordigd door M. Gómez Montes, procurador, en J.-M. Pérez-Gómez, abogado,

- de Spaanse regering, vertegenwoordigd door S. Ortiz Vaamonde als gemachtigde,

- de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door G. Valero Jordana en K. Wiedner als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 12 EG, 43 EG en volgende, en 49 EG en volgende, en van artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1).

- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Contse, SA (hierna: „Contse”), Vivisol, SRL, en Oxigen Salud, SA (die samen een tijdelijk samenwerkingsverband vormen van ondernemingen met installaties voor de productie van zuurstof in Italië en in België) en Instituto Nacional de la Salud (Spaanse nationale gezondheidsdienst; hierna: „Insalud”). Bedoelde verzoeksters hebben enerzijds beroep ingesteld tegen twee door laatstgenoemde uitgeschreven aanbestedingen voor diensten op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken in de provincies Cáceres respectievelijk Badajoz, en anderzijds tegen de beschikking van de Presidencia Ejecutiva van Insalud van 10 juli 2000 tot afwijzing van de tegen deze aanbestedingen ingediende bezwaren.

Toepasselijke bepalingen

- 3 Artikel 12 EG bepaalt dat binnen de werkingssfeer van het EG-Verdrag en onverminderd de daarin gestelde bijzondere bepalingen, elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden is.
- 4 In de artikelen 43 EG en 49 EG zijn de vrijheid van vestiging respectievelijk de vrijheid van dienstverrichting neergelegd. Die bepalingen zijn een bijzondere uitdrukking van het non-discriminatiebeginsel.
- 5 Hetzelfde beginsel is ook opgenomen in richtlijn 92/50, meer bepaald in artikel 3, lid 2, daarvan, dat preciseert dat de aanbestedende diensten ervoor moeten zorgen dat tussen de verschillende dienstverleners niet wordt gediscrimineerd.

Feiten en hoofdgeding

- 6 Bij twee besluiten van 24 mei 2000 heeft Insalud aanbestedingen uitgeschreven voor dienstenverlening op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken in de provincies Cáceres respectievelijk Badajoz (hierna: „litigieuze aanbestedingen”).
- 7 Het bestek, de bijzondere administratieve clausules en de technische specificaties van die twee aanbestedingen voorzien enerzijds in toelatingsvoorwaarden en anderzijds in beoordelingscriteria.
- 8 Aan de toelatingsvoorwaarden, die worden toegepast zonder dat daarbij een beoordeling plaatsvindt, moet zijn voldaan ten tijde van de inschrijving.
- 9 In dat verband is bepaald dat de inschrijver ten minste één kantoor in de hoofdstad van de betrokken provincie moet hebben, dat vijf dagen per week, minimaal acht uur per dag, in de voor- en in de namiddag, voor het publiek toegankelijk is (hierna: „toelatingsvoorwaarde”).
- 10 Blijkens de processtukken hebben de beoordelingscriteria betrekking op bepaalde economische en technische kenmerken, waarvoor punten worden toegekend. In casu was het maximum 140 punten; 40 daarvan hadden betrekking op het economische aspect van de offerte en 100 op de technische evaluatiecriteria.

- 11 Naast de overlegging van een kwaliteitscertificaat (waarvoor maximaal 20 punten worden toegekend), worden de technische specificaties in verschillende groepen ingedeeld: uitrusting (35 punten), dienstverlening (35 punten), patiëntenvoorlichting (5 punten) en controlerapport betreffende de prestatie (5 punten).

- 12 In het onderdeel van de groep „uitrusting” dat betrekking heeft op de levering van zuurstof in gasdrukcilinders, is bepaald dat naar gelang van de totale jaarlijkse productie maximaal 4,6 punten worden toegekend wanneer de inschrijver, ten tijde van de indiening van de offertes, eigenaar is van minstens twee installaties voor de productie van zuurstof die zich op minder dan 1 000 kilometer van de betrokken provincie bevinden. Ook is telkens een half punt toe te kennen wanneer de inschrijver, ten tijde van de indiening van de offertes, eigenaar is van minstens één installatie voor de behandeling van cilinders, respectievelijk van minstens één installatie voor het afvullen met zuurstof, welke installaties zich telkens op minder dan 1 000 kilometer van de betrokken provincie moeten bevinden.

- 13 In de groep „dienstverlening” is bepaald dat voor het bestaan, ten tijde van de inschrijving, van kantoren die vijf dagen per week, minimaal acht uur per dag, in de voor- en in de namiddag, voor het publiek toegankelijk zijn, in bepaalde plaatsen van de betrokken provincie, maximaal 0,9 extra punten kunnen worden toegekend (0,3 punten voor elk van de drie steden die in de litigieuze aanbestedingen zijn vermeld).

- 14 De opdracht wordt gegund aan de inschrijver die de offerte met het hoogste aantal punten heeft ingediend. Bij gelijkheid van punten is de winnaar van de aanbesteding de inschrijver met de offerte met de beste technische beoordeling. Zo er ook dan nog geen winnaar is, gaat de opdracht naar de onderneming die al eerder dezelfde dienst verrichtte.

- 15 Verzoeksters in het hoofdgeding hebben tegen de litigieuze aanbestedingen bezwaar ingediend, welk bezwaar bij beschikking van de Presidencia Ejecutiva van Insalud van 10 juli 2000 is afgewezen.
- 16 Daarop hebben verzoeksters in het hoofdgeding tegen deze beschikking en tegen de litigieuze aanbestedingen beroep ingesteld bij de Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo te Madrid, die het beroep op 20 september 2001 heeft verworpen. Bij de verwijzende rechter is hoger beroep ingesteld.
- 17 Verzoeksters in het hoofdgeding betogen dat een aantal in de punten 8 tot en met 14 van het onderhavige arrest beschreven elementen (hierna: „betwiste elementen”) van de litigieuze aanbestedingen inbreuk maken op de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG, en op artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50, en hebben de verwijzende rechter verzocht het Hof dienaangaande een prejudiciële vraag te stellen.
- 18 Insalud betoogt dat de betwiste elementen van de litigieuze aanbestedingen rechtmatig zijn, aangezien de aard van de betrokken dienst — een dienst op het gebied van de gezondheidszorg — en de bijzonder kwetsbare groep van patiënten die ervan afhankelijk zijn, de bevoegde autoriteiten niet alleen ertoe verplichten de continuïteit van de dienstverlening te waarborgen, maar ook die omstandigheden in overweging te nemen en te beoordelen, die de met elk menselijk handelen verbonden risico's kunnen beperken, waarbij de voorkeur wordt gegeven aan de offerte die bedoelde risico's tot een minimum beperkt.
- 19 In die omstandigheden heeft de Audiencia Nacional de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Verzetten de artikelen 12 EG, 43 EG en volgende, en 49 EG en volgende, alsmede artikel 3, lid 2, van [richtlijn 92/50], zich ertegen dat in het bestek, in de bijzondere

administratieve clausules en in de technische voorschriften, die gelden voor de aanbestedingen voor ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken, worden opgenomen:

- 1) voorwaarden die de toelating van ondernemingen die voornemens zijn een offerte in te dienen ervan afhankelijk stellen dat zij in de provincie of in de provinciehoofdstad waar de dienst moet worden verricht, reeds beschikken over voor het publiek toegankelijke kantoren, en

- 2) gunningscriteria die [de voorkeur doen uitgaan naar offertes van ondernemingen die:
 - a) beschikken over eigen installaties voor de productie, de behandeling en de afvulling van zuurstof, binnen een straal van 1 000 km rond de provinciehoofdstad waar de dienst moet worden verricht],

 - b) in bepaalde plaatsen van die provincie reeds beschikken over voor het publiek toegankelijke kantoren, of

 - c) de betrokken dienst reeds verrichten?”

De prejudiciële vraag

- 20 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de artikelen 12 EG, 43 EG en 49 EG, en artikel 3, lid 2, van richtlijn 92/50, zich ertegen verzetten dat een aanbestedende dienst in het bestek voor een overheidsopdracht voor het verlenen van gezondheidsdiensten op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken enerzijds een toelatingsvoorwaarde vaststelt, volgens welke de inschrijvende onderneming, ten tijde van de inschrijving, dient te beschikken over een voor het publiek toegankelijk kantoor in de provinciehoofdstad waar de dienst moet worden verricht, en anderzijds criteria vaststelt voor de beoordeling van de offertes, waarbij extra punten worden toegekend om rekening te houden met het bestaan, op hetzelfde tijdstip, van eigen installaties voor de productie, de behandeling en de afvulling van zuurstof, op minder dan 1 000 km van bedoelde provincie, of van voor het publiek toegankelijke kantoren in andere plaatsen van die provincie, en waarbij, wanneer meerdere offertes eenzelfde aantal punten behalen, de voorkeur wordt gegeven aan de onderneming die de betrokken dienst voordien reeds verrichtte.
- 21 Verzoeksters in het hoofdgeding, de Commissie van de Europese Gemeenschappen en de Oostenrijkse regering geven in overweging deze vraag bevestigend te beantwoorden. Insalud en de Spaanse regering verdedigen het tegenovergestelde standpunt.
- 22 Vooraf zij opgemerkt dat het hoofdgeding, anders dan de Spaanse regering betoogt, een overheidsopdracht voor dienstverlening lijkt te betreffen en niet een als concessie gekwalificeerde overeenkomst voor het beheer van een dienst. Zoals Insalud ter terechtzitting heeft opgemerkt, blijft de Spaanse overheid immers aansprakelijk voor alle schade wegens gebrekkige dienstverlening. Dit element, dat impliceert dat de aan de verlening van de betrokken dienst verbonden risico's niet worden overgedragen, alsmede het feit dat de dienst door de Spaanse gezondheidsdienst wordt vergoed, staven deze conclusie. Het staat evenwel aan de verwijzende rechter om na te gaan of dit daadwerkelijk het geval is.

- 23 Aangezien de vragen van de verwijzende rechter verband houden met fundamentele regels van het Verdrag, zullen de hiernavolgende overwegingen voor hem hoe dan ook van nut zijn, zelfs indien het zou gaan om een concessie van een openbare dienst, waarvoor richtlijn 92/50 niet geldt. Wat de gemeenschapsrechtelijke gevolgen voor de toewijzing van dergelijke concessies betreft, moet immers te rade worden gegaan met het primaire recht, meer in het bijzonder, de in het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheden (zie met name arrest van 21 juli 2005, Coname, C-231/03, Jurispr. blz. I-7287, punt 16).
- 24 De fundamentele regels waarnaar de verwijzende rechter verwijst, zijn van tweeërlei aard. Enerzijds gaat het om de artikelen 43 EG en volgende betreffende de vrijheid van vestiging, en anderzijds om de artikelen 49 EG en volgende, betreffende de vrijheid van dienstverrichting.
- 25 Zoals door alle partijen die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend, in herinnering is gebracht, moeten nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken, onder voorbehoud van artikel 46 EG, volgens vaste rechtspraak aan vier voorwaarden voldoen om in overeenstemming te zijn met de artikelen 43 EG en 49 EG: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel (zie arresten van 31 maart 1993, Kraus, C-19/92, Jurispr. blz. I-1663, punt 32; 30 november 1995, Gebhard, C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37, en 6 november 2003, Gambelli e.a., C-243/01, Jurispr. blz. I-13031, punten 64 en 65).
- 26 Bijgevolg moet worden onderzocht of de betwiste elementen van de litigieuze aanbestedingen het voor buiten Spanje gevestigde ondernemingen moeilijker of

minder aantrekkelijk kunnen maken om de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden uit te oefenen.

- 27 Aangezien dergelijke elementen geen beletsel vormen voor de vestiging van ondernemingen op het Spaanse grondgebied, moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat in casu geen enkele beperking van de vrijheid van vestiging bestaat.
- 28 In de tweede plaats moet worden onderzocht of bedoelde elementen een beperking van de vrijheid van dienstverrichting inhouden.
- 29 In dat verband staat vast dat Insalud de voornaamste ontvanger is van de betrokken diensten, nu de publieke sector goed is voor 90 % van de aanvragen voor ademhalingstherapieën aan huis. De Commissie stelt dus op goede gronden dat de toelatingsvoorwaarde voor de ondernemingen een aantal kosten meebrengt, welke zij enkel kunnen afschrijven indien de opdracht hun wordt gegund, hetgeen de indiening van een offerte ontegenzeggelijk minder aantrekkelijk maakt. Hetzelfde geldt voor het beoordelingscriterium op grond waarvan de inschrijver extra punten krijgt indien hij reeds een kantoor heeft in de in de aanbestedingen vermelde steden.
- 30 Wat de beoordelingscriteria in verband met de installaties voor de productie, de behandeling en de afvulling van zuurstof betreft, spreekt vanzelf dat deze het voor een onderneming moeilijker kunnen maken om een offerte in te dienen, tenzij zij zelf reeds over dergelijke installaties binnen de gestelde straal van 1 000 km beschikt.

- 31 Dat ten slotte bij het kiezen tussen twee inschrijvers met hetzelfde aantal punten de voorkeur uiteindelijk wordt gegeven aan de op de betrokken Spaanse markt reeds aanwezige onderneming, kan het voor iedere andere onderneming minder aantrekkelijk maken om een offerte in te dienen, met name wegens de sterke homogeniteit van de markt.
- 32 Blijkens de processtukken wordt de Spaanse markt voor gassen voor medisch gebruik immers voor 97 % gecontroleerd door vier multinationale ondernemingen. Zoals Contse bovendien onweersproken heeft opgemerkt, kan de puntenscore van de deelnemers op het gebied van de technische aspecten niet ver uiteenlopen aangezien alle inschrijvers gelijkaardige technische apparatuur gebruiken, welke slechts door twee of drie ondernemingen wordt geproduceerd.
- 33 Vastgesteld moet dus worden dat alle betwiste elementen van de litigieuze aanbestedingen de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk maken. Daarom moet worden onderzocht of voor elk van de betwiste elementen is voldaan aan de vier voorwaarden die in de in punt 25 van het onderhavige arrest aangehaalde rechtspraak zijn ontwikkeld.
- 34 In het kader van de bevoegdheidsverdeling tussen de communautaire en de nationale rechterlijke instanties staat het echter aan de nationale rechter om te onderzoeken of in de bij hem aanhangige zaak aan deze voorwaarden is voldaan. Wel kan het Hof in zijn uitspraak op een verzoek om een prejudiciële beslissing in voorkomend geval preciseringen geven teneinde de nationale rechter bij zijn uitlegging te leiden (zie in die zin arrest van 17 oktober 2002, Payroll e.a., C-79/01, Jurispr. blz. I-8923, punten 28 en 29). Daarbij, en in het antwoord op de vragen van de verwijzende rechter, dient hij rekening te houden met wat in de volgende punten wordt uiteengezet.

De toelatingsvoorwaarde

- 35 In de eerste plaats moet de nationale maatregel zonder discriminatie worden toegepast.
- 36 Volgens 's Hofs rechtspraak dienaangaande verbiedt het gelijkheidsbeginsel, waarvan artikel 49 EG een bijzondere uitdrukking is, niet alleen openlijke discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook alle vormen van verkapte discriminatie, die door toepassing van andere onderscheidingscriteria in feite tot hetzelfde resultaat leiden (zie arresten van 29 oktober 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Jurispr. blz. 3427, punt 9, en 5 december 1989, Commissie/Italië, C-3/88, Jurispr. blz. I-4035, punt 8).
- 37 Hoewel de toelatingsvoorwaarde zonder onderscheid van toepassing is op iedere onderneming die voornemens is offertes in te dienen voor de betrokken aanbestedingen, dient de nationale rechter dus te onderzoeken of in de praktijk aan die voorwaarde makkelijker kan worden voldaan door Spaanse ondernemingen dan door ondernemingen die in een andere lidstaat zijn gevestigd. Is dit het geval, dan schendt dit criterium het beginsel van niet-discriminatoire toepassing (zie in die zin reeds aangehaald arrest Gambelli e.a., punt 71).
- 38 Evenwel moet worden benadrukt dat het vereiste van een voor het publiek toegankelijk kantoor in de hoofdstad van de provincie waar de dienst zal worden verricht, op zich geen ernstige belemmering vormt voor buitenlandse ondernemingen, aangezien geen sprake is van beperkingen van de vrijheid van vestiging.

- 39 In de tweede plaats moet de nationale maatregel zijn rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang.
- 40 In casu staat vast dat de toelatingsvoorwaarde en de andere betwiste elementen van de litigieuze aanbestedingen beogen bij te dragen tot de bescherming van het leven en de gezondheid van de patiënten.
- 41 In de derde en de vierde plaats moet de nationale maatregel geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en mag hij niet verder gaan dan daartoe noodzakelijk is.
- 42 Dienaangaande zijn de Commissie en Contse van mening dat het vereiste om ten tijde van de inschrijving te beschikken over een voor het publiek toegankelijk kantoor in de hoofdstad van de betrokken provincie, niet kan bijdragen tot het hiervoor geïdentificeerde doel van bescherming van het leven en de gezondheid van de patiënten. Insalud daarentegen is van mening dat het bestaan van een dergelijk kantoor dienstig is voor de verwezenlijking van dat doel.
- 43 Gesteld dat het bestaan van een dergelijk kantoor geschikt zou zijn om de gezondheid van de patiënten te waarborgen, moet worden vastgesteld dat het vereiste er reeds bij de inschrijving over te beschikken, kennelijk onevenredig is.
- 44 Het argument van de Spaanse regering, dat de doelstelling van een aanbesteding erin bestaat na te gaan welke ondernemingen reeds over de voor de dienstverlening

noodzakelijke middelen beschikken, en dat het voor het publiek toegankelijke kantoor op één lijn moet worden geplaatst met de rest van de uitrusting die voor de verrichting van de dienst noodzakelijk is, kan immers niet worden aanvaard.

- 45 In dat verband stelt de Commissie op goede gronden dat een dergelijk kantoor geen wezenlijk bestanddeel is van de betrokken dienstverlening. De minimumvereisten voorzien immers reeds in de oprichting van een technische ondersteuningsdienst die de klok rond, elke dag van het jaar, bereikbaar is, waardoor de verwezenlijking van het in casu nagestreefde doel, namelijk het niet in gevaar brengen van het leven of de gezondheid van de patiënten wanneer er zich bij de werking of het gebruik van de uitrusting problemen voordoen, in eerste instantie wordt gewaarborgd met middelen die de vrijheid van dienstverrichting minder beperken.
- 46 Zoals Contse heeft opgemerkt, is er bovendien zo nodig een overgangperiode, tijdens welke de onderneming die de betrokken dienst tevoren reeds verrichtte het beheer daarvan overdraagt aan de winnaar van de aanbesteding, zodat er geen onderbreking is in de patiëntenzorg. Opgemerkt zij dat de opdrachtnemer in een dergelijk geval de onderneming die diensten blijft verrichten dient te vergoeden volgens een in de bijzondere administratieve clausules van de aanbesteding vastgestelde formule. Tot de derde maand na de toewijzing van de opdracht stijgt het bedrag van de vergoeding elke maand. Zo de nieuwe opdrachtnemer dan nog steeds niet alle vereiste prestaties op zich heeft genomen, kan de overeenkomst worden ontbonden.

Evaluatiecriteria

- 47 Vooraf zij eraan herinnerd dat richtlijn 92/50 zonder twijfel van toepassing is op de litigieuze aanbestedingen, maar dat de dienst waarover het in de onderhavige zaak gaat, is vermeld in bijlage I B bij deze richtlijn. Krachtens artikel 9 van bedoelde richtlijn zijn op dergelijke diensten echter alleen de artikelen 14 en 16 alsmede de algemene bepalingen van de eerste titel, met inbegrip van het door de nationale

rechter aangehaalde artikel 3, lid 2, en de slotbepalingen van titel VII van de richtlijn van toepassing. Bedoeld artikel 14 heeft betrekking op de gemeenschappelijke regels op technisch gebied en artikel 16 op de aankondigingen van de uitslag van de aanbestedingsprocedures.

- 48 Teneinde aan de nationale rechter een bruikbaar antwoord te geven, moet dus worden gepreciseerd dat hoofdstuk 3, met als opschrift „Gunningscriteria”, van titel VI van richtlijn 92/50, met de daarin vastgestelde beperkingen, in ieder geval niet van toepassing is op de betwiste elementen van de litigieuze aanbestedingen.
- 49 Daarenboven zij eraan herinnerd dat de beoordelingscriteria, zoals iedere nationale maatregel, het beginsel van non-discriminatie dienen te eerbiedigen, zoals dit voortvloeit uit de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van dienstverrichting, en dat de beperkingen van deze vrijheid zelf moeten voldoen aan de vier voorwaarden welke zijn ontwikkeld in de in punt 25 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak.
- 50 Zoals in punt 34 van het onderhavige arrest is gepreciseerd, staat het aan de nationale rechter om, rekening houdend met hetgeen in de volgende punten is vermeld, te onderzoeken of in de bij hem aanhangige zaak aan deze voorwaarden is voldaan.
- 51 Wat in de eerste plaats de toepassing zonder discriminatie betreft van het criterium dat de inschrijver die over voor het publiek toegankelijke kantoren beschikt in bepaalde steden van de provincie waar de dienst zal worden verricht, extra punten krijgt, blijkt, zoals in verband met de toelatingsvoorwaarde is uiteengezet, dat dit criterium op zichzelf zonder onderscheid geldt voor iedere onderneming die voornemens is een offerte in te dienen.

- 52 Anderzijds, zoals in punt 40 van het onderhavige arrest is opgemerkt, staat vast dat alle betwiste elementen van de litigieuze aanbestedingen in de aanbesteding zijn opgenomen om bij te dragen tot de bescherming van het leven en de gezondheid van de patiënten. Voorts zet Insalud uiteen, dat die elementen er meer in het bijzonder toe strekken de problemen inzake de levering van zuurstof en het functioneren van de uitrusting te verhelpen en een behoorlijke dienstverlening te waarborgen, zonder onnodige vertragingen of schade voor de patiënt.
- 53 Vervolgens moet worden onderzocht of bedoeld criterium geschikt is om dat doel te bereiken maar niet verder gaat dan daartoe noodzakelijk is.
- 54 Dienaangaande voert de Commissie dezelfde argumenten aan als in haar betoog betreffende de toelatingsvoorwaarde, te weten dat het beschikken over die kantoren vóór de uitvoering van de overeenkomst nutteloos en onevenredig is. Contse, van haar kant, erkent dat een dergelijk criterium, gelet op de doelstelling van zorgverlening aan de patiënten, consistent zou kunnen zijn met het nagestreefde doel, maar betoogt dat een louter contractuele verbintenis om dergelijke kantoren te openen bij toewijzing van de opdracht had volstaan om dat doel te bereiken. Insalud noch de Spaanse regering gaan specifiek in op dit beoordelingscriterium.
- 55 Gesteld dat, zoals in punt 43 van het onderhavige arrest is gepreciseerd, het bestaan van dergelijke kantoren geschikt zou zijn om de gezondheid van de patiënten te waarborgen, moet in dat verband worden vastgesteld dat het kennelijk onevenredig is van de inschrijvers te verlangen dat zij reeds bij de inschrijving daarover beschikken, hetgeen des te meer geldt nu, zoals in punt 45 van het onderhavige arrest is opgemerkt, de minimumvereisten reeds voorzien in de oprichting van een technische ondersteuningsdienst.

- 56 Wat de beoordelingscriteria betreft die verband houden met de eigendom van bepaalde installaties voor de productie, de behandeling, en de afvulling van zuurstof, gelegen binnen een straal van 1 000 km van de provincie waar de dienst zal worden verricht, moet worden onderzocht of die criteria, die weliswaar voor alle ondernemingen zonder onderscheid gelden, in feite hoofdzakelijk de reeds in Spanje gevestigde ondernemingen zouden kunnen bevoordelen.
- 57 Anders dan de opening van een kantoor, wat een voorwaarde is waaraan naar de aard ervan bij tal van gelegenheden zou kunnen worden voldaan, zelfs iedere keer dat de gunning van een opdracht het vereist, vergt het bezit van een eigen productie-, behandelings- en afvulinstallatie van de inschrijver immers een aanzienlijk zwaardere investering, die gewoonlijk eenmalig is. Dit criterium is van dien aard dat het een probleem vormt wanneer dergelijke installaties nog niet aanwezig zijn. Het volstaat niet dat de inschrijver over de betrokken installaties kan beschikken; hij moet er ook eigenaar van zijn, wat erop wijst dat met dit criterium een permanente toestand wordt beoogd.
- 58 Bijgevolg zouden de met die criteria overeenstemmende punten alleen kunnen worden toegekend aan de ondernemingen die reeds dergelijke installaties bezitten op het Spaanse grondgebied, of daarbuiten, maar steeds binnen een afstand van 1 000 km van de betrokken provincie.
- 59 Weliswaar omvat de geografische zone van 1 000 km rond de betrokken provincies, te weten Cáceres en Badajoz, behalve Spanje, ook het volledige Portugese grondgebied, maar daarin is slechts een gedeelte van Frankrijk begrepen en nagenoeg alle andere lidstaten vallen daarbuiten, zodat installaties die zich, zoals in casu, in België en in Italië bevinden, buiten de vastgestelde straal vallen.

- 60 Zoals is gepreciseerd in punt 37 van het onderhavige arrest, schendt dit criterium het beginsel van toepassing zonder discriminatie, indien de nationale rechter van oordeel is dat in de praktijk aan een criterium makkelijker kan worden voldaan door Spaanse ondernemingen dan door die welke in een andere lidstaat zijn gevestigd (zie reeds aangehaald arrest *Gambelli e.a.*, punt 71).
- 61 Hoewel de zekerheid van bevoorrading een van de criteria kan zijn die in aanmerking moeten worden genomen bij de bepaling van de economisch voordeligste aanbidding in geval van een dienst als die in het hoofdgeding, die de bescherming beoogt van het leven en de gezondheid van personen door te verlangen dat de inschrijver over een eigen gediversifieerde productie beschikt, dicht bij de plaats van gebruik (zie *mutatis mutandis* arrest van 28 maart 1995, *Evans Medical en Macfarlan Smith*, C-324/93, *Jurispr.* blz. I-563, blz. 44), moet in ieder geval worden vastgesteld dat deze criteria in casu in een aantal opzichten niet op het nagestreefde doel lijken te zijn afgestemd.
- 62 Hoewel de Spaanse regering terecht opmerkt dat iedere beslissing over afstand of duur van het transport arbitrair is, moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat het in casu gekozen criterium van 1 000 km ongeschikt lijkt ter verwezenlijking van het betrokken doel.
- 63 Enerzijds voert de Spaanse regering niets aan tot staving van haar betoog dat het risico van vertraging, dat groter wordt naar evenredigheid van de af te leggen afstand, geringer zou zijn wegens het toezicht dat de autoriteiten van die lidstaat zouden kunnen uitoefenen ingeval zich op zijn grondgebied een probleem zou voordoen. Dit argument kan dus niet worden aanvaard.
- 64 Anderzijds, gesteld al dat de overschrijding van de interne grenzen van de Europese Gemeenschap tot de door de Spaanse regering gevreesde vertragingen zou leiden, is de straal van 1 000 km ongeschikt om het nagestreefde doel te bereiken, aangezien zij tot voorbij de Spaanse grenzen reikt.

- 65 In de tweede plaats merkt de Commissie enerzijds op dat de in de productie-installaties geproduceerde zuurstof wordt geleverd aan centra waar cilinders met zuurstof in gasvorm onder druk worden gevuld, en anderzijds dat er in die centra een buffervoorraad van gevulde cilinders beschikbaar is, die volstaat om in geval van schade of van stillegging om technische of urgente redenen, gedurende ten minste 15 dagen zuurstof te kunnen leveren.
- 66 De nabijheid van de productie-installaties waarborgt, zoals ook Contse opmerkt, dus niet dat de beoogde zekerheid van bevoorrading wordt gegarandeerd. Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of hetzelfde geldt voor de installaties voor de behandeling en afvulling van zuurstof.
- 67 De vaste praktijk van de ondernemingen bevestigt overigens dat het nagestreefde doel, in de nabijheid van de plaats van gebruik te beschikken over een verzekerde voorraad gas voor medisch gebruik, kan worden bereikt met middelen die de vrijheid van dienstverrichting minder beperken. Zoals de Commissie en Contse hebben opgemerkt, zou via de toekenning van extra punten de opslag van een voorraad gas in opslagplaatsen kunnen worden ondersteund, om, in voorkomend geval voor een vastgestelde periode, de eventuele onderbrekingen of schommelingen in de aanvoer vanuit de productie- of afvulininstallaties te compenseren.
- 68 Ten slotte moet betreffende de kritiek van de Commissie en van Contse op het belang dat wordt toegekend aan het bezit van productie-installaties, worden opgemerkt dat de aanbestedende diensten niet alleen de gunningscriteria van de opdracht kunnen kiezen, maar ook kunnen bepalen welk gewicht aan elk van die criteria moet worden toegekend, op voorwaarde dat het mogelijk is de gehanteerde criteria in hun onderling verband te beoordelen ter bepaling van de economisch voordeligste aanbieding (zie in die zin arrest van 4 december 2003, EVN en Wienstrom, C-448/01, Jurispr. blz. I-14527, punt 39). Hetzelfde geldt wanneer, hetgeen voor de betrokken opdrachten het geval zou kunnen zijn, de betrokken dienst onder bijlage I B bij richtlijn 92/50 valt, en dus een minder restrictieve regeling voor de gunning van opdrachten van toepassing is.

- 69 Vastgesteld moet evenwel worden dat het criterium betreffende de productie-installaties in het hoofdgeding niet ziet op de prestatie waarover het in de opdracht gaat, namelijk de thuislevering van therapeutische zuurstof, en zelfs niet op de hoeveelheid te produceren gas, maar op de maximale productiecapaciteit van de installaties van de inschrijver, aangezien extra punten worden toegekend telkens wanneer één van de drie drempelwaarden inzake de totale jaarlijkse productie wordt overschreden.
- 70 Van de beoordelingscriteria, op grond waarvan in casu extra punten worden toegekend naar gelang van de hoogte van de productiecapaciteit, kan dus niet worden gesteld dat zij verband houden met het doel van de opdracht, en nog minder dat zij geschikt zijn om dat doel te verwezenlijken (zie in overeenkomstige zin reeds aangehaald arrest EVN en Wienstrom, punt 68).
- 71 Ten slotte moet worden opgemerkt dat, zelfs indien bedoelde criteria waren ingegeven door de zorg om de bevoorrading te verzekeren, en dus verband zouden houden met het door de litigieuze aanbestedingen nagestreefde doel en geschikt zouden zijn om die doelstelling te bereiken, het vermogen van de inschrijvers om de grootst mogelijke hoeveelheid te leveren, geen geldig gunningscriterium kan zijn (zie in die zin reeds aangehaald arrest EVN en Wienstrom, punt 70).
- 72 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat in de litigieuze aanbestedingen als voorwaarde om een offerte in te kunnen dienen is bepaald dat de inschrijver over meer dan één productie- en afvalcentrum dient te beschikken en in staat moet zijn om, wat de aanbesteding voor de provincie Cáceres betreft, minstens 400 000 m³ per jaar te produceren, en 550 000 m³ per jaar wat de aanbesteding voor de provincie Badajoz betreft. Blijkens de processtukken stemmen die cijfers overeen met ongeveer 75 % respectievelijk 80 % van het verwachte gebruik tijdens het eerste jaar van de betrokken opdracht.

- 73 Bovendien moet worden opgemerkt dat de eerste van de drie in de litigieuze aanbestedingen vastgestelde drempels, te weten, voor de beide opdrachten, een totale jaarlijkse productie van minstens 800 000 m³ respectievelijk 1 000 000 m³, waarbij telkens 1,3 punten worden toegekend wanneer de drempel wordt overschreden, overeenstemt met een volume dat groter is dan het verwachte totale gebruik voor het vierde en laatste jaar van de betrokken opdracht. Van een totale jaarlijkse productiecapaciteit van die omvang zou dus in voorkomend geval kunnen worden gesteld dat zij noodzakelijk is voor de in punt 71 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte doelstelling die erin bestaat de zekerheid van de bevoorrading te waarborgen.
- 74 De onderzochte beoordelingscriteria gaan evenwel verder dan in dit verband noodzakelijk is. Er wordt immers 1,3 punten extra toegekend wanneer de totale jaarlijkse productie minstens 1 200 000 m³ respectievelijk 1 500 000 m³ bedraagt, en nog eens 2 punten extra wanneer de jaarlijkse productie minstens 1 600 000 m³ respectievelijk 2 000 000 m³ bedraagt.
- 75 Opgemerkt moet worden dat die laatste cijfers, die overeenstemmen met de derde drempel voor de jaarlijkse totale productie, telkens het dubbele zijn van de in punt 73 van het onderhavige arrest vermelde eerste drempelwaarde.
- 76 Aangezien het maximum aantal punten wordt toegekend aan de inschrijvers die doen blijken van een productiecapaciteit die aanzienlijk groter is dan het verwachte gebruik in het kader van de litigieuze aanbestedingen, terwijl de eerste drempelwaarde reeds lijkt te volstaan om een voldoende beschikbaarheid van gas zo veel mogelijk te verzekeren, voldoen de in casu vastgestelde beoordelingscriteria, wat de toekenning van extra punten in geval van overschrijding van de tweede en de derde drempel voor de jaarlijkse totale productie betreft, niet aan de ter zake geldende voorwaarden van gemeenschapsrecht (zie mutatis mutandis reeds aangehaald arrest EVN en Wienstrom, punt 71).
- 77 Wat ten slotte de wijze betreft waarop tussen twee inschrijvers met hetzelfde aantal punten wordt gekozen, vindt het vastgestelde gunningscriterium enkel toepassing

wanneer twee offertes met hetzelfde aantal punten niet alleen globaal maar ook technisch op hetzelfde niveau staan, en werkt bedoeld criterium in het voordeel van degene die de dienst eerder reeds verleende.

- 78 De hierboven uiteengezette te vervullen voorwaarden gelden ook voor een dergelijk criterium. Automatisch en definitief kiezen voor de onderneming die op de betrokken markt reeds actief is, vormt echter een discriminatie.
- 79 Uit een en ander volgt dat artikel 49 EG zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst in het bestek voor een overheidsopdracht voor het verlenen van gezondheidsdiensten op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken enerzijds een toelatingsvoorwaarde vaststelt, volgens welke de inschrijvende onderneming ten tijde van de inschrijving dient te beschikken over een voor het publiek toegankelijk kantoor in de provinciehoofdstad waar de dienst moet worden verricht, en anderzijds criteria vaststelt voor de beoordeling van de offertes, waarbij extra punten worden toegekend aan de inschrijver die ten tijde van de inschrijving beschikt over installaties voor de productie, de behandeling en de afvulling van zuurstof op minder dan 1 000 km van bedoelde provincie, of over voor het publiek toegankelijke kantoren in bepaalde andere plaatsen van die provincie, en waarbij, wanneer verschillende offertes eenzelfde aantal punten behalen, de onderneming wordt bevoorreed die de betrokken dienst voorheen reeds verrichtte, voorzover deze elementen discriminatoir worden toegepast, niet worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, niet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, of verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel, wat door de nationale rechter moet worden getoetst.

Kosten

- 80 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Derde kamer) verklaart voor recht:

Artikel 49 EG verzet zich ertegen dat een aanbestedende dienst in het bestek voor een overheidsopdracht voor het verlenen van gezondheidsdiensten op het gebied van ademhalingstherapieën aan huis en andere kunstmatige-beademingstechnieken enerzijds een toelatingsvoorwaarde vaststelt, volgens welke de inschrijvende onderneming ten tijde van de inschrijving dient te beschikken over een voor het publiek toegankelijk kantoor in de provinciehoofdstad waar de dienst moet worden verricht, en anderzijds criteria vaststelt voor de beoordeling van de offertes, waarbij extra punten worden toegekend aan de inschrijver die ten tijde van de inschrijving beschikt over installaties voor de productie, de behandeling en de afvulling van zuurstof op minder dan 1 000 km van bedoelde provincie, of over voor het publiek toegankelijke kantoren in bepaalde andere plaatsen van die provincie, en waarbij, wanneer verschillende offertes eenzelfde aantal punten behalen, de onderneming wordt bevoordeeld die de betrokken dienst voorheen reeds verrichtte, voorzover deze elementen discriminatoir worden toegepast, niet worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, niet geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, of verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel, wat door de nationale rechter moet worden getoetst.

ondertekeningen