

CONTSE I IN.

WYROK TRYBUNAŁU (trzecia izba)
z dnia 27 października 2005 r. *

W sprawie C-234/03,

mającej za przedmiot wnioszek o wydanie, na podstawie art. 234 WE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Audiencia Nacional (Hiszpania), postanowieniem z dnia 16 kwietnia 2003 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 2 czerwca 2003 r., w postępowaniu:

Contse SA

Vivisol Srl

Oxigen Salud SA

przeciwko

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

* Język postępowania: hiszpański.

przy udziale:

Air Liquide Medicinal SL,

Sociedad Española de Carburos Metálicos SA,

TRYBUNAŁ (trzecia izba),

w składzie: A. Rosas (sprawozdawca), prezes izby, J. Malenovský, J.P. Puissochet, S. von Bahr i U. Lõhmus, sędziowie,

rzecznik generalny: C. Stix-Hackl,
sekretarz: M. Ferreira, główny administrator,

uwzględniając procedurę pisemną i po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 19 stycznia 2005 r.

rozważywszy uwagi na piśmie przedstawione:

— w imieniu Contse SA, Vivisol Srl oraz Oxigen Salud SA, przez R. Garcíę-Palencię oraz C. Urde Serrano, abogados,

- w imieniu l'Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), dawniej Instituto Nacional de la Salud (Insalud), przez M. Gómeza Montesa, procurador, oraz J-M. Pérez-Gomez, abogado,

- w imieniu rządu hiszpańskiego, przez S. Ortiza Vaamondego, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu rządu austriackiego, przez M. Fruhmanna, działającego w charakterze pełnomocnika,

- w imieniu Komisji Wspólnot Europejskich, przez G. Valero Jordana oraz K. Wiednera, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

- 1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 12 WE, 43 WE i nast., 49 WE i nast., a także art. 3 ust. 2 dyrektywy Rady 92/50/EWG z dnia 18 czerwca 1992 r. dotyczącej koordynacji procedur sporządzania zamówień publicznych na usługi (Dz.U. L 209, str. 1).

- 2 Wniosek ten został skierowany w ramach postępowania toczącego się między Contse SA (zwaną dalej „Contse”), Vivisol Srl oraz Oxigen Salud SA (konsorcjum przedsiębiorstw posiadających zakłady produkcyjne tlenu we Włoszech i Belgii) przeciwko Instituto Nacional de la Salud (Narodowemu Instytutowi Zdrowia, zwanemu dalej „Insalud”). Skarżący ci wnieśli skargę, po pierwsze, na dwa ogłoszenia o zamówieniu opublikowane przez Insalud na świadczenie usług terapii oddechowej w miejscu zamieszkania oraz innych technik wspomagających oddychanie na terytorium prowincji, odpowiednio, Cáceres i Badajoz, oraz, po drugie, na decyzję Presidencia Ejecutiva de l’Insalud z dnia 10 lipca 2000 r. odrzucającą protest skierowany przeciwko wspomnianym ogłoszeniom o przetargu.

Ramy prawne

- 3 Artykuł 12 WE stanowi, że w zakresie zastosowania traktatu WE i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które on przewiduje, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową.
- 4 Artykuły 43 WE i 49 WE ustanawiają odpowiednio swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług. Przepisy te stanowią szczególnie wyraz zasady niedyskryminacji.
- 5 Również dyrektywa 92/50 zawiera w art. 3 ust. 2 wyraz tej zasady, postanawiając, że instytucje zamawiające powinny zapewnić, aby nie istniała dyskryminacja między różnymi usługodawcami.

Stan faktyczny i postępowanie przed sądem krajowym

- 6 Dwoma decyzjami z dnia 24 maja 2000 r. Insalud opublikował ogłoszenia o zamówieniu na świadczenie usług terapii oddechowej w miejscu zamieszkania oraz innych technik wspomagających oddychanie, odpowiednio na terytorium prowincji Cáceres i Badajoz (zwane dalej „spornymi ogłoszeniami o zamówieniu”).
- 7 Dokumentacja zamówienia, szczegółowe wymogi administracyjne i specyfikacje techniczne tych dwóch ogłoszeń o zamówieniu przewidywały, po pierwsze, przesłanki dopuszczenia oraz, po drugie, kryteria oceny ofert.
- 8 Przesłanki dopuszczenia, które nie stanowią przedmiotu jakiegokolwiek oceny, powinny zostać obowiązkowo spełnione w chwili złożenia oferty.
- 9 W tym względzie postanowiono, że oferent powinien posiadać co najmniej jedno biuro dostępne dla klientów minimum osiem godzin dziennie, rano i po południu, pięć dni w tygodniu w stolicy danej prowincji (przesłanka zwana dalej „przesłanką dopuszczenia”).
- 10 Z akt sprawy wynika, że kryteria oceny dotyczą pewnych cech ekonomicznych i technicznych, za które przyznawane są punkty. W tym przypadku, na 140 punktów, które maksymalnie mogły zostać przyznane, 40 punktów dotyczyło aspektów ekonomicznych oferty i 100 punktów dotyczyło jej oceny technicznej.

- 11 Poza przedstawieniem certyfikatu jakości, za który przyznawanych jest 20 pkt, specyfikacje techniczne podzielone zostały na różne sekcje: wyposażenie (35 pkt), świadczenie usług (35 pkt), informowanie pacjenta (5 pkt) oraz raport z kontroli wykonywania usług (5 pkt).

- 12 W sekcji zatytułowanej „wyposażenie”, w części dotyczącej dostawy butli gazowych ze sprężonym tlenem, postanowiono, że w oparciu o całkowitą roczną produkcję może zostać przyznane maksymalnie 4,6 pkt, jeżeli w chwili składania ofert oferent posiadał co najmniej dwa zakłady produkcyjne wytwarzające tlen, które położone są w odległości mniejszej niż 1 000 km od danej prowincji. Również po pół punktu można przyznać za istnienie w momencie złożenia oferty, odpowiednio, przynajmniej jednego zakładu uzdatniania butli oraz, po drugie, przynajmniej jednego zakładu zajmującego się napełnianiem butli tlenem, przy czym zakłady te powinny należeć do oferenta i znajdować się w odległości mniejszej niż 1 000 km od danej prowincji.

- 13 Zgodnie z sekcją „świadczenie usług”, istnienie w chwili złożenia oferty biura dostępnego dla klientów minimum osiem godzin dziennie, rano i po południu, przez pięć dni w tygodniu, w określonych miejscach danej prowincji, mogło doprowadzić do przyznania maksymalnie 0,9 dodatkowego punktu (po 0,3 pkt za każde z trzech miast wymienionych w spornym ogłoszeniu o zamówieniu).

- 14 Zamówienie jest udzielane oferentowi, którego oferta uzyska największą liczbę punktów. W przypadku równości punktów wygrywa oferta o najlepszej ocenie technicznej. Jeżeli nadal mamy do czynienia z równością punktów, wybrane zostaje przedsiębiorstwo, które już wcześniej świadczyło te same usługi.

- 15 Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym wnieśli protest przeciwko spornym ogłoszeniom o zamówieniu, który został oddalony decyzją Presidencia Ejecutiva de l'Insalud z dnia 10 lipca 2000 r.
- 16 Następnie skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym wnieśli skargę przeciwko tej decyzji, jak również przeciwko spornym ogłoszeniom o zamówieniach do Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, który ją oddalił w dniu 20 września 2001 r. Od tego wyroku wniesiono apelację do sądu odsyłającego.
- 17 Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym po pierwsze utrzymują, że pewne kryteria ogłoszenia o zamówieniu, opisane w pkt 8–14 niniejszego wyroku (zwane dalej „zaskarżonymi kryteriami”), naruszają art. 12 WE, 43 WE i 49 WE, a także art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50, i, po drugie, zażądali, aby sąd odsyłający skierował w tej kwestii do Trybunału pytanie prejudycjalne.
- 18 Insalud twierdzi, że zaskarżone kryteria ogłoszenia o zamówieniu są zgodne z prawem, ponieważ zarówno zdrowotny charakter usług w niniejszej sprawie, jak i szczególnie wrażliwa kategoria pacjentów od nich zależnych, zmuszają właściwe organy nie tylko do nieprzerwanego zagwarantowania, na ile jest to możliwe, dostawy usług, ale również uwzględnienia i oceny okoliczności, które są w stanie zmniejszyć ryzyko nieodzownie związane z każdą działalnością człowieka, poprzez przyznanie pierwszeństwa ofercie, która minimalizuje owo ryzyko.
- 19 W tych okolicznościach Audiencia Nacional postanowiła zawiesić postępowanie i skierowała do Trybunału następujące pytanie prejudycjalne:

„Czy art. 12 WE, 43 WE i nast., 49 WE i nast., a także art. 3 ust. 2 [dyrektywy 92/50] sprzeciwiają się ustanowieniu w dokumentacji zamówienia, w szczegółowych

wymogach administracyjnych i w specyfikacjach technicznych, które regulują postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na świadczenie usług terapii oddechowej w miejscu zamieszkania oraz innych technik wspomagających oddychanie:

- 1) przesłanek, które uzależniają dopuszczenie przedsiębiorstw od wcześniejszego posiadania przez nie biur dostępnych dla klientów w prowincji lub stolicy prowincji, w której usługi mają być świadczone, oraz

- 2) kryteriów udzielenia zamówienia, które [faworyzują oferty złożone przez przedsiębiorstwa,
 - a) które posiadają zakłady służące do produkcji tlenu, uzdatnianiu i napełnianiu butli tlenem położone w promieniu 1 000 km od stolicy prowincji, w której usługi będą świadczone],

 - b) które dysponują już biurami dostępnymi dla klientów w pewnych miejscowościach tej prowincji, lub

 - c) wcześniej już świadczyły te usługi?"

Pytanie prejudycjalne

- 20 Poprzez pytanie prejudycjalne sąd odsyłający zasadniczo zmierza do uzyskania odpowiedzi, czy art. 12 WE, 43 WE i 49 WE oraz art. 3 ust. 2 dyrektywy 92/50 sprzeciwiają się temu, aby instytucja organizująca przetarg przewidziała w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowych w miejscu zamieszkania i innych technik wspomagających oddychanie, po pierwsze, przesłankę dopuszczenia zobowiązującą przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili złożenia oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, gdzie usługi będą świadczone, oraz, po drugie, kryteria oceny ofert, uwzględniające, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w tym samym czasie własnych zakładów służących do produkcji tlenu, uzdatnianiu oraz napełnianiu butli tlenem, położonych w odległości mniejszej niż 1 000 km od danej prowincji, lub biur dostępnych dla klientów w innych, określonych tam miejscowościach, które to kryteria w przypadku uzyskania równej ilości punktów przez kilka ofert, faworyzują przedsiębiorstwo, które już wcześniej świadczyło te usługi.
- 21 Skarżący w postępowaniu przed sądem krajowym, Komisja Wspólnot Europejskich oraz rząd austriacki proponują udzielenie twierdzącej odpowiedzi na to pytanie. Insalud i rząd hiszpański popierają tezę przeciwną.
- 22 Tytułem wstępnym należy wskazać, iż postępowanie przed sądem krajowym, przeciwnie do tego, co twierdzi rząd hiszpański, wydaje się dotyczyć zamówienia publicznego na świadczenie usług, a nie umowy o zarządzanie świadczeniem usług, zakwalifikowanej jako koncesja. W rzeczywistości bowiem, zgodnie z tym, na co wskazała w trakcie rozprawy Insalud, administracja hiszpańska pozostaje odpowiedzialna za wszelką szkodę powstałą w wyniku uchybienia w świadczeniu usług. Okoliczność ta wiążąca się z brakiem przeniesienia ryzyka związanego ze świadczeniem tych usług, a także fakt, iż usługi są opłacane przez hiszpańską administrację zdrowotną, tylko potwierdzają ten wniosek. W każdym jednak razie to do sądu odsyłającego należeć będzie zbadanie tego, czy jest tak w rzeczywistości.

- 23 W każdym razie pytania sądu odsyłającego oscylują wokół fundamentalnych zasad przewidzianych przez traktat i przedstawione poniżej rozważania będą dla niego przydatne nawet w przypadku, gdyby okazało się, że mamy do czynienia z koncesją na świadczenie usług publicznych, których nie przewiduje dyrektywa 92/50. W rzeczywistości bowiem, to w świetle prawa pierwotnego, a w szczególności w świetle podstawowych wolności przewidzianych przez traktat, powinny być rozpatrywane skutki prawa wspólnotowego dotyczące takich koncesji (zob. w szczególności wyrok z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 Coname, Zb.Orz. str. I-7287, pkt 16).
- 24 Owe fundamentalne zasady, o których wspomina sąd odsyłający, są dwojakiego rodzaju. Chodzi, po pierwsze, o art. 43 WE i nast. dotyczące swobody przedsiębiorczości oraz, po drugie, art. 49 WE i nast. dotyczące swobody świadczenia usług.
- 25 Należy również przypomnieć, podobnie jak uczyniły to wszystkie strony przedstawiając swoje uwagi Trybunałowi, że niezależnie od art. 46 WE przepisy krajowe, które mogą ograniczać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie z podstawowych wolności zagwarantowanych przez traktat, aby mogły zostać uznane za zgodne z art. 43 WE i 49 WE, powinny, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, spełniać cztery przesłanki: powinny być stosowane w sposób niedyskryminujący, powinny być uzasadnione względami nadrzędnego interesu publicznego, powinny być odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, oraz nie powinny wykraczać poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia (zob. wyroki z dnia 31 marca 1993 r. w sprawie C-19/92 Kraus, Rec. str. I-1663, pkt 32; z dnia 30 listopada 1995 r. w sprawie C-55/94 Gebhard, Rec. str. I-4165, pkt 37, oraz z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01 Gambelli i in., Rec. str. I-13031, pkt 64 i 65).
- 26 W związku z powyższym należy rozważyć zaskarżone kryteria ogłoszenia o zamówieniu publicznym w celu zbadania, czy kryteria te są w stanie ograniczać

lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie z podstawowych wolności zagwarantowanych przez traktat przedsiębiorstwom niemającym siedziby w Hiszpanii.

- 27 Skoro kryteria te nie stanowią przeszkody dla zakładania przedsiębiorstw na terytorium hiszpańskim, należy stwierdzić, po pierwsze, że w niniejszej sprawie nie istnieje jakiegokolwiek ograniczenie swobody przedsiębiorczości.
- 28 Po drugie, należy zbadać, czy owe kryteria stanowią ograniczenie swobody świadczenia usług.
- 29 Powszechnie wiadomo, że Insalud jest głównym odbiorcą tych usług, ponieważ sektor publiczny stanowi 90% zamówień na terapię oddechową w miejscu zamieszkania. Tym samym Komisja słusznie zwróciła uwagę na to, że przesłanka dopuszczenia powoduje poniesienie przez przedsiębiorstwa serii wydatków, których amortyzacja byłaby jedynie możliwa w przypadku udzielenia zamówienia tym spółkom, co w sposób wyraźny czyni złożenie oferty mniej atrakcyjnym. Podobnie jest w przypadku kryterium oceny, przewidującego przyznanie dodatkowych punktów w sytuacji, gdy biuro istnieje już w miastach wymienionych w ogłoszeniu o zamówieniu.
- 30 Odnośnie do kryterium oceny dotyczącego zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen, uzdatniających i napełniających butle z tlenem, jeżeli przedsiębiorstwo nie posiada takich własnych zakładów, położonych w przewidzianym promieniu 1 000 km, to może ono napotkać przeszkody w złożeniu oferty.

- 31 Wreszcie okoliczność, iż w ostatniej kolejności rozstrzygnięcie pomiędzy dwoma oferentami posiadającymi tę samą liczbę punktów dokonywane jest na korzyść przedsiębiorstwa działającego już na rynku hiszpańskim, może uczynić złożenie oferty mniej atrakcyjnym z punktu widzenia każdego innego przedsiębiorstwa, w szczególności z uwagi na dużą jednolitość rynku.
- 32 W rzeczywistości bowiem z akt postępowania wynika, że hiszpański rynek gazów medycznych jest w 97% kontrolowany przez cztery przedsiębiorstwa międzynarodowe. Ponadto, na co zwraca uwagę Contse, a czemu żadna ze stron nie zaprzeczyła, nie powinno być znacznej różnicy w ilości punktów osiągniętych przez uczestników za aspekty techniczne z tego powodu, że wszyscy oferenci używają podobnego sprzętu technicznego, który jest produkowany jedynie przez dwa lub trzy przedsiębiorstwa.
- 33 W związku z powyższym należy stwierdzić, że zaskarżone kryteria są w stanie ograniczać lub czynić mniej atrakcyjnym korzystanie ze swobody świadczenia usług zagwarantowanej przez traktat. Tym samym należy zbadać, czy każde z zaskarżonych kryteriów spełnia cztery przesłanki wynikające z orzecznictwa powołanego w pkt 25 niniejszego wyroku.
- 34 Otóż w ramach podziału kompetencji pomiędzy sądy wspólnotowe i krajowe, to do sądu krajowego należy zbadanie, czy owe przesłanki zostały spełnione w rozpatrywanej przez niego sprawie. Oczywiście, Trybunał, orzekając w sprawie pytania prejudycjalnego, może w razie potrzeby udzielić sądowi krajowemu wskazówek w zakresie dokonywanej przez niego interpretacji (zob. podobnie wyrok z dnia 17 października 2002 r. w sprawie C-79/01 Payroll i in., Rec. str. I-8923, pkt 28 i 29). W tym też celu, to do sądu odsyłającego należeć będzie uwzględnienie kryteriów określonych w następujących poniżej punktach w odpowiedzi na pytania skierowane przez ten sąd.

Przesłanka dopuszczenia

- 35 Po pierwsze, przepis krajowy powinien być stosowany w sposób niedyskryminujący.
- 36 Należy w tym miejscu przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, zasada równego traktowania, której szczególny wyraz stanowi art. 49 WE, zabrania nie tylko jawnej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich ukrytych form dyskryminacji, które poprzez stosowanie innych kryteriów rozróżniających powodują de facto ten sam skutek (zob. w szczególności wyroki z dnia 29 października 1980 r. w sprawie 22/80 Bousnac Saint-Frères, Rec. str. 3427, pkt 9; z dnia 5 grudnia 1989 r. w sprawie C-3/88 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-4035, pkt 8).
- 37 Mimo że przesłanka dopuszczenia dotyczy bez różnicy każdego przedsiębiorstwa zamierzającego odpowiedzieć na dane ogłoszenie o zamówieniu publicznym, to do sądu krajowego należeć będzie zbadanie, czy przesłanka ta może w praktyce łatwiej zostać spełniona przez przedsiębiorców hiszpańskich niż przez tych, którzy mają siedzibę w innym państwie członkowskim. W takim przypadku kryterium to naruszałoby zasadę stosowania w sposób niedyskryminujący (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 71).
- 38 Niemniej jednak należy podkreślić, że w braku ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw, nawet okoliczność posiadania biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której usługi mają być świadczone, nie stanowi większej przeszkody dla przedsiębiorców zagranicznych.

39 Po drugie, przepis krajowy powinien być uzasadniony względami nadrzędnego interesu publicznego.

40 W niniejszej sprawie nie budzi wątpliwości, iż przesłanka dopuszczenia, podobnie jak i pozostałe zaskarżone kryteria ogłoszenia o zamówieniu, zmierzają do lepszego zagwarantowania ochrony życia i zdrowia pacjentów.

41 Po trzecie i po czwarte, przepis krajowy powinien być odpowiedni dla zagwarantowania realizacji celu, któremu on służy i nie powinien wykraczać poza to, co jest niezbędne do jego osiągnięcia.

42 Komisja oraz Contse twierdzą w tym zakresie, że przesłanka dysponowania w chwili składania oferty biurem dostępnym dla klientów w stolicy danej prowincji, jest nieprzydatna dla powyżej określonego celu lepszego zagwarantowania ochrony życia i zdrowia pacjentów. Z kolei Insalud twierdzi, że istnienie takiego biura służy temu celowi.

43 Nawet jeżeliby przyjąć, że istnienie takiego biura może zostać uznane za odpowiednie dla zagwarantowania zdrowia pacjentów, to jednak należy stwierdzić, że wymaganie jego posiadania w chwili składania oferty jest oczywiście nieproporcjonalne.

44 Tym samym nie można przychylić się do argumentu rządu hiszpańskiego, w ramach którego, podnosząc, iż celem procedury zamówień publicznych jest zbadanie, które

z przedsiębiorstw dysponują już środkami koniecznymi dla świadczenia danych usług, zrównuje on posiadanie otwartego biura z posiadaniem innego wyposażenia niezbędnego dla świadczenia usług.

45 Odnośnie tej kwestii Komisja słusznie twierdzi, że istnienie takiego biura nie jest istotnym elementem świadczenia tych usług. W rzeczywistości bowiem, już minimalne warunki wymagają ustanowienia w tym miejscu serwisu pomocy technicznej, dostępnego 24 godziny na dobę, siedem dni w tygodniu, co umożliwi zagwarantowanie, za pomocą środków w mniejszym stopniu ograniczających swobodę świadczenia usług, w pierwszej kolejności realizacji zamierzonego w niniejszej sprawie celu, to znaczy nienarażania na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia pacjentów w przypadku problemów z funkcjonowaniem lub używaniem sprzętu.

46 Ponadto, zgodnie z tym co podniosła Contse, przewidziany został okres przejściowy, w trakcie którego, o ile będzie to konieczne, przedsiębiorstwo, które świadczyło już dane usługi, przeniesie ich wykonywanie na nowy podmiot, któremu udzielono zamówienia, w celu zagwarantowania, iż zabiegi udzielane będą pacjentom w sposób nieprzerwany. Należy zauważyć, że w takim przypadku podmiot, któremu udzielono zamówienia, zobowiązany jest do zapłaty wynagrodzenia przedsiębiorstwu, które kontynuuje świadczenie usług, zgodnie ze wzorem zawartym w szczególnych wymogach administracyjnych zamieszczonych w ogłoszeniu o zamówieniu. Wynagrodzenie to wzrasta każdego miesiąca, aż do trzeciego miesiąca po przyznaniu zamówienia. Jeżeli nowy podmiot, któremu udzielono zamówienia, do tego czasu nie przejął wykonywania wszystkich wymaganych usług, umowa może zostać rozwiązana.

Kryteria oceny

47 Tytułem wstępu należy przypomnieć, że, o ile prawdą jest, iż dyrektywa 92/50 z całą pewnością ma zastosowanie do spornych ogłoszeń o zamówieniach, o tyle także należy stwierdzić, że rozpatrywane usługi znajdują się w załączniku I B do dyrektywy. Otóż, zgodnie z art. 9 tej dyrektywy, do usług takich znajdują

zastosowanie jedynie jej art. 14 i 16, jak również przepisy ogólne tytułu I, włączywszy w to art. 3 ust. 2, o którym wspomina sąd krajowy, oraz przepisy końcowe znajdujące się w tytule VII. Wspomniany art. 14 dotyczy wspólnych reguł w dziedzinie technicznej, natomiast art. 16 dotyczy ogłoszeń w sprawie wyników postępowania o udzielenie zamówienia.

- 48 Tym samym, w celu udzielenia odpowiedzi sądowi krajowemu, należy stwierdzić, że zaskarżone kryteria spornego ogłoszenia o zamówieniu, nie podlegają w żadnym wypadku rozdziałowi 3, zatytułowanemu „Kryteria udzielania zamówień”, tytułu VI dyrektywy 92/50 i przewidzianym przez niego ograniczeniom.
- 49 Ponadto, należy przypomnieć, że kryteria oceny, podobnie jak wszystkie przepisy krajowe, powinny być zgodne z zasadą niedyskryminacji, wynikającą z przepisów traktatu dotyczących swobody świadczenia usług oraz że ewentualne ograniczenia tej swobody powinny odpowiadać czterem przesłankom ustalonym w orzecznictwie powołanym w pkt 25 niniejszego wyroku.
- 50 Zgodnie z tym, o czym była mowa w pkt 34 niniejszego wyroku, to do sądu krajowego należy zbadanie, czy owe przesłanki zostały spełnione w sprawie poddanej jego rozstrzygnięciu, z uwzględnieniem elementów określonych w następujących poniżej punktach.
- 51 Po pierwsze, jeśli chodzi o stosowanie w sposób niedyskryminujący kryterium, w oparciu o które przyznawane są dodatkowe punkty, w przypadku gdy oferent posiada biura dostępne dla klientów w określonych miastach prowincji, w której usługi mają być świadczone, okazuje się, podobnie jak to zostało stwierdzone w przypadku przesłanki dopuszczenia, że kryterium to znajduje zastosowanie bez różnicy do każdego przedsiębiorcy zamierzającego złożyć ofertę.

- 52 Ponadto, tak jak to zostało stwierdzone w pkt 40 niniejszego wyroku, nie budzi wątpliwości fakt, że zaskarżone kryteria spornych ogłoszeń o przetargu zostały włączone do tych ogłoszeń w celu lepszego zagwarantowania ochrony życia i zdrowia pacjentów. Insalud wyjaśnia, ponadto, że kryteria te dokładniej mają na celu rozwiązanie problemów związanych z dostawami tlenu i funkcjonowaniem sprzętu, a także zagwarantowanie odpowiedniego świadczenia tych usług bez zbędnych opóźnień i bez szkody dla pacjentów.
- 53 Następnie należy zbadać, czy owo kryterium jest właściwe dla realizacji tego celu oraz czy nie wykracza poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia.
- 54 W kwestii tej Komisja ponownie użyła argumentu, który podniosła odnośnie do przesłanki dopuszczenia, to znaczy, iż wymóg posiadania biur jeszcze przed wykonywaniem umowy jest beзуżyteczny i jest nieproporcjonalny. Contse ze swojej strony przyznaje, że kryterium takie, biorąc pod uwagę cel pomocy pacjentom, może pozostawać w zgodzie z zamierzonym celem, niemniej jednak uważa, że dla osiągnięcia takiego celu wystarczyłoby zwykłe zobowiązanie umowne do otwarcia takiego biura, w przypadku udzielenia zamówienia. Ani Insalud, ani rząd hiszpański nie wypowiedziały się w przedmiocie tego kryterium.
- 55 W kwestii tej, tak jak to zostało już stwierdzone w pkt 43 niniejszego wyroku, nawet jeżeli założyć, iż istnienie takich biur mogłoby zostać uznane za odpowiednie dla zagwarantowania zdrowia pacjentów, to jednak należy zaznaczyć, że wymóg posiadania takich biur w chwili składania ofert jest oczywiście dysproporcjonalny, tym bardziej że już minimalne warunki, o czym była mowa w pkt 45 niniejszego wyroku, wymagają uruchomienia serwisu pomocy technicznej.

- 56 Jeżeli chodzi o kryteria oceny dotyczące posiadania na własność określonych urzędzeń służących do produkcji, uzdatnianiu i napełnianiu butli tlenem, położonych w promieniu 1 000 km od prowincji, w której usługi mają być świadczone, należy zbadać, czy kryteria te, mimo że bez różnicy stosowane wobec każdego przedsiębiorcy, w rzeczywistości mogą stawić w lepszej sytuacji głównie te przedsiębiorstwa, które mają już swoje przedsiębiorstwo w Hiszpanii.
- 57 W rzeczywistości bowiem, w przeciwieństwie do wymogu posiadania biura — który to wymóg może, ze względu na swój charakter, zostać przy różnych okazjach spełniony, nawet zawsze wtedy, gdy udzielenie zamówienia sprawi, że będzie to celowe — istnienie należącego do oferenta zakładu produkcyjnego wytwarzającego, uzdatniającego lub napełniającego tlenem butle wymaga znacznie poważniejszych, jednorazowych inwestycji. Ze względu na charakter tego ostatniego kryterium, jego spełnienie nie będzie łatwe, jeżeli zakłady te jeszcze nie istnieją. Okoliczności, iż wymaga się nie tylko samej dostępności tych zakładów, ale także bycia ich właścicielem, potwierdzają tylko pogląd, iż przewidziane kryterium w rzeczywistości korzystniej traktuje stałe przedsięwzięcia.
- 58 Tym samym, jedynie przedsiębiorstwa, które posiadają już takie zakłady na terytorium Hiszpanii lub poza nim, jednak zawsze w odległości mniejszej niż 1 000 km od danej prowincji, mogą przyjmować, iż przyznane im zostaną punkty związane z tym kryterium.
- 59 Ponadto, obszar znajdujący się w promieniu 1 000 km od danych prowincji, to znaczy Cáceres et Badajoz, obejmuje poza terytorium hiszpańskim całe terytorium portugalskie, tylko część Francji, wyłączając prawie wszystkie państwa członkowskie, z tym skutkiem że, w zakresie niniejszej sprawy, zakłady usytuowane w Belgii lub we Włoszech, znajdują się poza przewidzianym obszarem.

- 60 Jak to zostało stwierdzone w pkt 37 niniejszego wyroku, jeżeli sąd krajowy uzna, że jedno z kryteriów może zostać łatwiej spełnione w praktyce przez hiszpańskie podmioty gospodarcze niż przez podmioty mające siedzibę w innym państwie członkowskim, kryterium to narusza zasadę niedyskryminującego stosowania (zob. ww. wyrok w sprawie Gambelli i in., pkt 71).
- 61 W każdym razie, o ile bezpieczeństwo dostaw może stanowić jedno z kryteriów branych pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty w przypadku usług, takich jak usługi rozważane w postępowaniu przed sądem krajowym, które to kryterium służy ochronie życia i zdrowia osób, jako że przewiduje ono zróżnicowaną produkcję własną w pobliżu miejsca konsumpcji (zob. podobnie wyrok z dnia 28 marca 1995 r. w sprawie C-324/93 Evans Medical et Macfarlan Smith, Rec. str. I-563, pkt 44), o tyle należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie kryteria te nie wydają się być pod wieloma względami dostosowane do zamierzonego celu.
- 62 Po pierwsze, pomimo że rząd hiszpański słusznie zauważa, iż wybór odległości i środka transportu jest uznaniowy, to jednak należy stwierdzić, że przyjęte w niniejszej sprawie kryterium 1 000 km, wydaje się niestosowne dla realizacji zamierzonego celu.
- 63 Po drugie, rząd hiszpański nie przedstawia żadnego dowodu na poparcie swojej argumentacji, w której twierdzi, że prawdopodobieństwo opóźnień, które wzrasta proporcjonalnie wraz z odległością do pokonania, zmniejsza się dzięki kontroli, która mogłaby być sprawowana przez władze tego państwa członkowskiego w przypadku problemów zaistniałych na jego terytorium. Nie można tym samym przychylić się do tego argumentu.
- 64 Ponadto, jeżeliby nawet przyjąć, iż przekraczanie wewnętrznych granic wspólnoty powoduje opóźnienia, których obawia się rząd hiszpański, to i tak promień 1 000 km, wobec tego że wykracza on poza granice hiszpańskie, nie jest właściwy dla osiągnięcia zamierzonego celu.

- 65 W drugiej kolejności Komisja podnosi, po pierwsze, że tlen wytwarzany w zakładach produkcyjnych dostarczany jest do punktów nabijania gazem, w celu sprężenia go w butlach, oraz, po drugie, że w owych punktach znajduje się zapas pełnych butli, wystarczający by w razie awarii, przestoju technicznego lub nagłej potrzeby zagwarantować dostawy tlenu przez co najmniej 15 dni.
- 66 Tym samym, tak jak podnosi Contse, bliskie usytuowanie zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen nie gwarantuje osiągnięcia celu w postaci bezpieczeństwa dostaw. Do sądu krajowego należy zbadanie, czy inaczej jest w przypadku zakładów uzdatniających tlen i napełniających butle tlenem.
- 67 Praktyka przyjęta przez przedsiębiorstwa potwierdza ponadto, że istnieją środki mniej ograniczające swobodę świadczenia usług, a umożliwiające osiągnięcie zamierzonego celu w postaci zapewnienia dostępności gazu medycznego w pobliżu miejsca jego używania. Może to być, co zostało podniesione przez Komisję i Contse, uprzywilejowanie, poprzez przyznanie dodatkowych magazynów posiadających zapas gazu przeznaczonego na zrównoważenie, w razie potrzeby i przez określony czas, ewentualnych przerw lub zaburzeń w transporcie z zakładu produkcyjnego wytwarzającego tlen lub zakładu napełniającego tlenem butle.
- 68 Wreszcie, ponieważ Komisja oraz Contse kwestionują znaczenie przypisywane posiadaniu zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen, należy zaznaczyć, że instytucje zamawiające mają swobodę nie tylko w zakresie wyboru kryteriów udzielenia zamówienia, ale także w zakresie ustalenia ich wagi, jeśli tylko pozwala im ona na syntetyczną ocenę przyjętych kryteriów w celu wybrania najkorzystniejszej ekonomicznie oferty (zob. podobnie wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN i Wienstrom, Rec. str. I-14527, pkt 39). Nie inaczej jest wówczas, gdy dane usługi należą do załącznika I B dyrektywy 92/50, tak jak ma to miejsce w przypadku niniejszego rynku usług, i w związku z tym podlegają mniej restrykcyjnemu reżimowi sporządzania zamówień.

- 69 Należy bowiem stwierdzić, że w sprawie przed sądem krajowym, kryterium dotyczące zakładów produkujących tlen nie dotyczy świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, to znaczy wykonywania terapii tlenowych w miejscu zamieszkania, ani też jakości gazu, który będzie produkowany, lecz najwyższej zdolności produkcyjnej zakładów posiadanych przez oferenta, skoro za każde przekroczenie jednego z trzech progów rocznej całkowitej produkcji przyznawane są punkty dodatkowe.
- 70 Dlatego też kryteria oceny związane w danym przypadku z przyznaniem dodatkowych punktów z tytułu zdolności produkcyjnej, każdorazowo nieco wyższej, nie mogą być uznane za związane z przedmiotem zamówienia, a tym bardziej za odpowiednie dla zagwarantowania jego wykonania (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie EVN i Wienstrom, pkt 68).
- 71 Wreszcie, nawet jeżeliby założyć, że kryteria te zostały przyjęte przez tę instytucję w celu zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw oraz że związane są one z celem, któremu służyły sporne ogłoszenia o zamówieniu i są właściwe dla jego realizacji, to jednak należy zauważyć, że nie można było w sposób zgodny z prawem przyjąć za kryterium udzielenia zdolność dostarczenia przez oferenta największej z możliwych ilości produktu (zob. podobnie ww. wyrok w sprawie EVN i Wienstrom, pkt 70).
- 72 Należy tu przypomnieć, że w spornym ogłoszeniu o zamówieniu wymagano, jako warunek złożenia oferty, aby oferent posiadał więcej niż jedno źródło produkcji tlenu lub napełniania butli tlenem oraz aby był w stanie wyprodukować przynajmniej 400 000 m³ rocznie, w przypadku ogłoszenia o zamówieniu dotyczącego prowincji Cáceres, oraz 550 000 m³ rocznie w ramach ogłoszenia dotyczącego prowincji Badajoz. Z akt postępowania wynika, że wartości te reprezentują odpowiednio w przybliżeniu 75% i 80% przewidzianego zużycia w pierwszym roku wykonywania danego zamówienia.

- 73 Ponadto należy zauważyć, że pierwszy z trzech progów przewidziany w spornych ogłoszeniach o przetargu, to znaczy całkowita roczna produkcja, odpowiednio co najmniej 800 000 m³ i 1 000 000 m³, którego przekroczenie skutkuje w obu przypadkach przyznaniem 1,3 punktu, odpowiada wielkości przekraczającej całkowite zużycie przewidziane w czwartym i ostatnim roku danego zamówienia. W związku z tym, w danym przypadku roczna zdolność produkcyjna na takim poziomie może zostać uznana za konieczną dla osiągnięcia celu powołanego w pkt 71 niniejszego wyroku, jakim jest zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw.
- 74 Niemniej jednak, badane kryteria oceny wykraczają poza tę konieczność. W istocie bowiem, 1,3 punktu jest nadal przyznawane w przypadku przekroczenia progu całkowitej rocznej produkcji, wynoszącego odpowiednio co najmniej 1 200 000 m³ i 1 500 000 m³, jak również przyznawane są dwa dodatkowe punkty wówczas, gdy produkcja ta wynosi odpowiednio co najmniej 1 600 000 m³ i 2 000 000 m³.
- 75 Należy zauważyć, że dwie ostatnie z wymienionych wartości odpowiadają trzeciemu progowi całkowitej rocznej produkcji, wynoszącemu w każdym przypadku dwukrotność wysokości pierwszego progu, określonej w pkt 73 niniejszego wyroku.
- 76 Z powyższego wynika, że przyjęte w niniejszej sprawie kryteria oceny, w zakresie przyznawania dodatkowych punktów w przypadku przekroczenia drugiego i trzeciego progu całkowitej rocznej produkcji, wobec tego że najwyższa liczba punktów przyznawana jest oferentom posiadającym zdolność produkcyjną znacznie wyższą od przewidywanego w ramach spornych ogłoszeń zużycia, podczas gdy już pierwszy próg wydaje się wystarczający dla zagwarantowania w miarę możliwości dostępności gazu, nie są zgodne z wymogami prawa wspólnotowego w tej dziedzinie (zob. analogicznie ww. wyrok w sprawie EVN i Wienstrom, pkt 71).
- 77 Wreszcie, jeżeli chodzi o sposób wyboru pomiędzy dwoma oferentami posiadającymi równą liczbę punktów, to stosowane kryterium udzielenia zamówienia,

znajdujące zastosowanie w przypadku równej ilości wszystkich punktów, jak i w przypadku równej ilości punktów za ocenę techniczną, stawia w korzystnej sytuacji tego oferenta, który wcześniej już świadczył te usługi.

78 Powyżej przedstawione wymogi, które należy spełnić, są równoznaczne z takim kryterium. Rozstrzygnięcie bowiem w sposób automatyczny i ostateczny na korzyść podmiotu gospodarczego, który jest już obecny na rynku, stanowi dyskryminację.

79 Z powyższych rozważań wynika, że art. 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych technik wspomagających oddychanie, po pierwsze, przesłankę dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i, po drugie, kryteria oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych oraz które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę — czyli kryteria, które są stosowane w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia; okoliczności te powinny zostać zbadane przez sąd krajowy.

W przedmiocie kosztów

80 Dla stron postępowania przed sądem krajowym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed tym sądem, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż poniesione przez strony postępowania przed sądem krajowym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (trzecia izba) orzeka, co następuje:

Artykuł 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych technik wspomagających oddychanie, po pierwsze, przesłankę dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i, po drugie, kryteria oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych wytwarzających tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych oraz które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę — czyli kryteria, które są stosowane w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą, lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia; okoliczności te powinny zostać zbadane przez sąd krajowy.

Podpisy