Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. Szpunar
fremsat det 11. juni 2015 [1]

Sag C-552/13

Grupo Hospitalario Quirón SA
mod
Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco
og
Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao (Spanien))

»Præjudiciel forelæggelse — fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — artikel 2 og artikel 23, stk. 2 — princippet om ligebehandling af økonomiske aktører — sundhedstjenesteydelser — krav om udelukkende at levere tjenesteydelserne til institutioner beliggende på en bestemt kommunes område«

I – Indledning

1. Kan det i forbindelse med de tekniske specifikationer i en offentlig kontrakt vedrørende levering af sundhedstjenesteydelser kræves, at disse tjenesteydelser udelukkende må udføres i institutioner beliggende på en bestemt kommunes område? Kan et sådant krav begrundes i hensynet til adgangen til og kvaliteten af disse ydelser?

2. Disse spørgsmål afspejler den tvivl, som Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao (forvaltningsdomstol i første instans i Bilbao, Spanien) har forelagt Domstolen i en sag, der vedrører to udbud, som de baskiske myndigheder har afholdt med henblik på at indgå kontrakter om levering af tjenesteydelser knyttet til kirurgiske indgreb. Formålet med disse kontrakter var at gøre de operationsstuer, der findes på privathospitaler, tilgængelige for indgreb, der skulle udføres af læger, som var ansat ved offentlige sundhedsinstitutioner, for at forkorte ventetiden for et indgreb.

1 — Originalsprog: polsk.

II – Retsforskrifter

A – *EU-retten*

3. Artikel 2 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter [2] med overskriften »Principper for indgåelse af kontrakter« bestemmer:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde«.

4. Samme direktivs artikel 21 har følgende ordlyd:

»Kontrakter, der vedrører de i bilag II B anførte tjenesteydelser, er udelukkende underlagt artikel 23 og artikel 35, stk. 4.«

5. Direktivets 23, stk. 2, bestemmer:

»De tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og de må ikke bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.«

6. I bilag II B til direktivet nævnes »[s]undheds- og socialvæsen« (kategori 25).

B – *Spansk ret*

7. Artikel 2 og artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18 blev gennemført i den spanske retsorden ved artikel 101, stk. 2, og artikel 123 i Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público (lov nr. 30/2007 om kontrakter i den offentlige sektor) af 30. oktober 2007 [3].

III – Retsforhandlingerne i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

8. Hovedsagen omhandler to udbudsprocedurer vedrørende tjenesteydelser, der udføres af hospitaler i forbindelse med mindre kirurgiske indgreb, almen kirurgi og gastrokirurgi, urologi, gynækologi, traumatologi samt ortopædisk og oftalmologisk kirurgi. Disse kontrakter omhandler ikke de tjenesteydelser, der udføres af de kirurger, som er ansat ved den offentlige sundhedstjeneste, og som skal indfinde sig på det koncessionshavende privathospital med henblik på at foretage det kirurgiske indgreb.

9. Den 15. december 2010 godkendte Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco (den baskiske regerings departement for sundhed, herefter »Departamento de Sanidad«) udbudsbetingelserne for udbud nr. 21/2011 vedrørende udførelse af offentlige tjenesteydelser i forbindelse med kirurgiske indgreb i sundhedsdistriktet for Vizcaya (oplandsområdet for de offentlige hospitaler i Basurto og Galdakao). Kontraktens anslåede værdi udgjorde 5 841 041,84 EUR.

2 — EUT L 134, s. 114, senest ændret ved Kommissionens forordning (EF) nr. 1177/2009 af 30.11.2009 (EUT L 314, s. 64, herefter »direktiv 2004/18«).

3 — Offentliggjort i *Boletín Oficial del Estado* den 31.10.2007.

10. Den 10. maj 2011 godkendte Departamento de Sanidad udbudsbetingelserne for udbud nr. 50/2011 vedrørende udførelse af offentlige tjenesteydelser i forbindelse med oftalmologisk kirurgi. Denne tjeneste vedrørte oplandsområdet for det offentlige hospital i Galdakao. Kontraktens anslåede værdi udgjorde 6 273 219,53 EUR.

11. Udbudsbekendtgørelserne vedrørende de to kontrakter blev offentliggjort i *Boletín Oficial del País Vasco* (Baskerlandets officielle tidende) henholdsvis den 31. januar og den 14. juni 2011. Det fremgik af punkt 2, litra d), i begge udbudsbekendtgørelser, at ydelserne skulle leveres i Bilbao.

12. I begge udbud indeholdt del A i de tekniske specifikationer, der havde overskriften »struktur, udstyr og omfanget af de tjenesteydelser, som institutionen skal levere«, et afsnit om minimumskrav, hvis punkt 2 med overskriften »beliggenhed« havde følgende ordlyd:

»Henset til nødvendigheden af, at sådanne tjenesteydelser kan leveres tæt på patienterne og deres pårørende, til adgangen til og befordringstiden med offentlige transportmidler samt til nødvendigheden af at begrænse antallet af absolut nødvendige rejser for sundhedspersonale, der er ansat ved de [offentlige sundhedstjenester], skal de foreslåede sundhedsinstitutioner være beliggende i Bilbao kommune.«

13. Grupo Hospitalario Quirón S.A. (herefter »Grupo Hospitalario Quirón«) ejer et almensygehus, der er beliggende i Erandio kommune. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at dette hospital opfylder alle kravene i de tekniske specifikationer, bortset fra at det ikke er beliggende i Bilbao kommune, men i en kommune, der grænser op til Bilbao.

14. Den 13. september 2011 anlagde Grupo Hospitalario Quirón sag ved Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao til prøvelse af de afgørelser, som Departamento de Sanidad havde truffet i henhold til udbudsbekendtgørelserne vedrørende de ovenfor nævnte to udbud. Grupo Hospitalario Quirón nedlagde bl.a. påstand om annullation af de anfægtede afgørelser og påstand om, at den pågældende administration blev tilpligtet at afholde et nyt udbud, der ikke indeholdt et krav om, at tjenesteydelserne skulle leveres i Bilbao kommune.

15. Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, der ejer en sundhedsinstitution i Bilbao, indtrådte i sagen som sagsøgte. Disse sager blev forenet ved den forelæggende ret.

16. Grupo Hospitalario Quirón har i stævningen anført, at kravet om, at tjenesteydelserne udelukkende må leveres i institutioner, der er beliggende i Bilbao kommune, er i strid med lighedsprincippet, princippet om lige adgang til udbud, princippet om forbud mod forskelsbehandling, princippet om ligebehandling af tilbudsgivere samt princippet om fri konkurrence. Grupo Hospitalario Quirón har anført, at det som følge af dette krav er tvingende nødvendigt, at der i Bilbao er adgang til en kompleks materiel infrastruktur, hvis opførelse vil indebære betydelige investeringer og tid. Det giver ikke mening at foretage disse investeringer, hvis de alene foretages for at kunne levere de i udbuddet omhandlede ydelser. Det var således kun de økonomiske aktører, der var beliggende i Bilbao, som kunne deltage i udbuddet.

17. Grupo Hospitalario Quirón har anført, at selv om der tages hensyn til de befordringsmæssige vanskeligheder, som patienter og de kirurger, der er ansat ved de offentlige hospitaler i Basurto og Galdakao, vil blive udsat for, er det ovenfor nævnte krav urimeligt, navnlig i et tilfælde som det foreliggende, hvor sagsøgeren ejer et hospital i en kommune, der grænser op til Bilbao kommune.

18. Departamento de Sanidad har som svar på stævningen anført, at det omhandlede krav ikke på nogen måde begrænser økonomiske aktørers ret til at deltage i udbuddet, idet der ikke stilles krav om, at de økonomiske aktører skal råde over faciliteter i Bilbao, men kun at de er i stand til at udføre tjenesteydelser på faciliteter, der er beliggende i Bilbao på tidspunktet for tildelingen af kontrakten.

Departamento de Sanidad har endvidere anført, at kravet om at levere tjenesteydelser i Bilbao kommune er begrundet i hensyn til de eventuelle gener, som befordring kan medføre for patienterne. Den radiale udformning af det offentlige transportnet i storbyområdet Bilbao sikrer nemlig enkle transportmuligheder.

19. Den forelæggende ret har anført, at det ikke kan udelukkes, at det omhandlede krav indebærer en urimelig begrænsning af den frie konkurrence inden for området for offentlige kontrakter. Den forelæggende ret har anført, at dette krav ikke er nødvendigt af praktiske grunde. Det er almindelig praksis blandt de spanske sundhedsmyndigheder at indgå kontrakter om udførelse af offentlige sundhedstjenesteydelser hos institutioner, der er beliggende i en anden kommune end den, hvori patienterne er bosiddende. Det er endvidere muligt at rejse fra Bilbao til Grupo Hospitalario Quiróns hospital med metro eller bus, og den samme strækning tager i gennemsnit 14 minutter med privat transportmiddel.

20. Ifølge den forelæggende ret drejer det sig om at tage stilling til dels, om det i den konkrete sag opstillede krav om, at tjenesteydelsen udelukkende skal udføres i Bilbao kommune, kan begrundes i kontraktens genstand, dels, om dette krav indebærer en ikke-tilladt begrænsning af den frie konkurrence, for så vidt som det ikke kan begrundes i hensynet til at sikre, at patienterne får adgang til de pågældende tjenesteydelser. Den forelæggende ret er navnlig af den opfattelse, at der ikke foreligger nogen objektive hensyn, der kan begrunde, at en aktør, der ejer et hospital, som er beliggende i en tilgrænsende kommune, udelukkes fra at deltage i et udbud, når befordringstiden mellem patienternes bopæl og hospitalet er rimelig. Den forelæggende ret har endvidere henledt opmærksomheden på den omstændighed, at tjenesteydelserne ikke udelukkende er rettet mod de patienter, der er bosiddende i Bilbao kommune. Efter den forelæggende rets opfattelse kan det derfor ikke udelukkes, at det omhandlede krav i udbuddets tekniske specifikationer er i strid med artikel 2 og artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18.

21. På baggrund af disse omstændigheder har Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er det foreneligt med EU-retten, når det i kontrakter om udførelse af offentlige sundhedstjenesteydelser kræves, at den sundhedstjenesteydelse, som er genstand for sådanne kontrakter, udelukkende må udføres i en bestemt kommune, der muligvis ikke er den samme kommune, som patienterne er bosiddende i?«

IV – Retsforhandlingerne ved Domstolen

22. Anmodningen om præjudiciel afgørelse blev indleveret til Domstolens Justitskontor den 25. oktober 2013. Domstolen anmodede den forelæggende ret om en uddybende forklaring, som den forelæggende ret gav den 11. april 2014.

23. De sagsøgte i hovedsagen, den spanske regering og Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige bemærkninger. Departamento de Sanidad og den spanske regering har anmodet om afholdelse af retsmøde. Grupo Hospitalario Quirón, Departamento de Sanidad, den spanske regering og Kommissionen deltog i retsmødet, der blev afholdt den 20. april 2015.

V – Analyse

A – *Indledende bemærkninger*

24. Hovedsagen omhandler to udbudsprocedurer vedrørende udførelse af offentlige sundhedstjenesteydelser. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at de omhandlede kontrakter omfatter tjenesteydelser, der udføres af hospitaler i forbindelse med kirurgiske indgreb inden for rammerne af et særligt samarbejde mellem de offentlige sundhedsmyndigheder og privathospitaler med det formål at nedbringe ventelisterne for patienter i den offentlige sektor. Disse offentlige kontrakter omfatter ikke selve de tjenester, der udføres af kirurgen, idet indgrebene skal udføres af læger, der er ansat ved de offentlige hospitaler, og som skal indfinde sig ved det privathospital, der er valgt i forbindelse med udbuddet.

25. Det fremgår ikke klart af forelæggelsesafgørelsen, om de omhandlede udbud vedrører offentlige tjenesteydelseskontrakter eller koncessionskontrakter om tjenesteydelser, der ikke er omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2004/18 [4].

26. Det fremgår imidlertid af de supplerende forklaringer, som den forelæggende ret har afgivet som svar på Domstolens opfordring, samt af de uddybende bemærkninger, som parterne har afgivet under retsmødet, at hovedsagen omhandler offentlige tjenesteydelseskontrakter, der er omfattet af det nævnte direktivs anvendelsesområde.

27. Det fremgår af disse forklaringer og uddybninger, at tilbudsgiveren modtager betaling direkte fra den ordregivende myndighed, og at tilbudsgiveren ikke bærer en grundlæggende del af den risiko, der er forbundet med udførelsen af tjenesteydelserne [5]. Som Departamento de Sanidad har anført under retsmødet, er den offentlige myndighed nemlig fortsat ansvarlig for enhver skade, som patienterne måtte blive påført i forbindelse med et indgreb. Den spanske regering har ligeledes i sit skriftlige indlæg anført, at det bl.a. af de bestemmelser i national ret, hvortil der er henvist i udbudsbekendtgørelserne, følger, at de omhandlede offentlige kontrakter skal anses for offentlige tjenesteydelseskontrakter.

28. Det bemærkes endvidere, at den anslåede værdi af hver enkelt kontrakt klart overskrider de tærskelværdier, der er fastsat i artikel 7 i direktiv 2004/18.

29. Det fremgår således klart af disse omstændigheder, som det naturligvis tilkommer den forelæggende ret at fastlægge, at direktiv 2004/18 finder anvendelse.

30. Jeg vil imidlertid gerne understrege, at princippet om ligebehandling af økonomiske aktører for så vidt angår leveringen af tjenesteydelser, som jeg vil behandle nedenfor, også finder anvendelse, når der er tale om tildeling af en koncessionskontrakt om tjenesteydelser.

4 — Jf. artikel 1, stk. 14, og artikel 17 i direktiv 2004/18.

5 — Jf. i denne retning domme Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644, præmis 22), Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540, præmis 66 og 67) og Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, præmis 37).

31. Selv om koncessionskontrakter om tjenesteydelser på EU-rettens nuværende udviklingstrin ikke er omfattet af direktiv 2004/18, er de offentlige myndigheder under forudsætning af, at kontrakten frembyder en klar grænseoverskridende interesse, imidlertid forpligtet til at overholde de grundlæggende bestemmelser i EUF-traktaten, herunder bl.a. artikel 49 TEUF og artikel 56 TEUF [6]. Det forekommer i øvrigt i den foreliggende sag sandsynligt, som den spanske regering selv har anført i sit skriftlige indlæg, at de offentlige kontrakter frembyder en grænseoverskridende interesse som følge af disse kontrakters højt anslåede værdi og Baskerlandets geografiske beliggenhed.

32. De tjenesteydelser, der udføres inden for rammerne af det offentlige sundhedssystem såsom dem, der er genstand for de omhandlede udbud, har uden tvivl en grundlæggende samfundsmæssig betydning.

33. Det bemærkes, at det fremgår af såvel artikel 168, stk. 7, TEUF som af Domstolens praksis, at EU-retten ikke begrænser medlemsstaternes kompetence til selv at udforme deres offentlige sundhedssystemer [7].

34. Medlemsstaterne kan imidlertid ikke under udøvelsen af denne kompetence indføre eller opretholde uberettigede begrænsninger i udøvelsen af de grundlæggende friheder i det indre marked. Ved bedømmelsen af, om dette forbud overholdes, skal der tages hensyn til den omstændighed, at menneskers liv og sundhed står øverst blandt de goder og interesser, som er beskyttet ved traktaten, og at det tilkommer medlemsstaterne, som råder over en skønsbeføjelse, at træffe bestemmelse om det niveau for beskyttelsen af den offentlige sundhed, som de ønsker at sikre, og hvorledes dette niveau skal nås [8].

35. Sundhedssystemerne er øvrigt organiseret på meget forskellige måder i de enkelte medlemsstater, og det grænseoverskridende element i de tjenesteydelser, der leveres inden for rammerne af disse systemer, er begrænsede.

36. EU-lovgiver tog hensyn til disse omstændigheder, da den vedtog, at tjenesteydelser, der leveres af »sundhedsvæsenet«, falder ind under den kategori af ikke-prioriterede tjenesteydelser, der nævnes i bilag II B til direktiv 2004/18 [9].

37. EU-lovgiver tog udgangspunkt i den antagelse, at disse tjenesteydelser ikke umiddelbart frembyder en grænseoverskridende interesse og derfor ikke fuldt ud er af omfattet af direktivets anvendelsesområde [10].

38. Det fremgår af artikel 21 i direktiv 2004/18, at de tjenesteydelser, der er nævnt i bilag II B, herunder ydelser, der leveres af »sundheds- og socialvæsen«, udelukkende er underlagt direktivets artikel 23 og artikel 35, stk. 4.

39. Det følger imidlertid af Domstolens praksis, at artikel 21 i direktiv 2004/18 ikke udelukker anvendelsen af direktivets almindelige og afsluttende bestemmelser, herunder bl.a. direktivets artikel 2, som er nævnt i forelæggelsesafgørelsen [11].

6 — Domme Coname (C-231/03, EU:C:2005:487, præmis 16) og Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler (C-274/09, EU:C:2011:130, præmis 49). Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/23/EU af 26.2.2014 om tildeling af koncessionskontrakter (EUT L 94, s. 1) finder ikke anvendelse i det foreliggende tilfælde som følge af såvel gennemførelsesfristen for direktivet som overgangsbestemmelserne i direktivets artikel 54, stk. 2.

7 — Jf. dom Azienda sanitaria locale n. 5 »Spezzino« m.fl. (C-113/13, EU:C:2014:2440, præmis 55 og den deri nævnte retspraksis).

8 — Ibidem (præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

9 — Den særlige ordning for tjenesteydelser, der leveres af sundhedsvæsenet, blev opretholdt ved Europa-Parlamentets og Rådets nye direktiv 2014/24/EU af 26.2.2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (artikel 74 og bilag XIV), der tidsmæssigt ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, og hvad angår tildelingen af koncessionskontrakter ved direktiv 2014/23 (artikel 19 og bilag IV).

10 — Dom Kommissionen mod Irland (C-507/03, EU:C:2007:676, præmis 25). Dette spørgsmål er ligeledes behandlet i retslitteraturen, jf. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa, 2012, s. 167.

11 — Jf. i denne retning dom Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644, præmis 47).

B – *Begrænsningen af de økonomiske aktørers adgang til at deltage i udbudsprocedurerne i lyset af artikel 2 og artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18*

40. Det bemærkes, at såvel artikel 2 som artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18 er udtryk for princippet om ligebehandling af økonomiske aktører, som tillige udgør et almindeligt princip, der følger af de grundlæggende friheder i det indre marked, der er fastsat i bl.a. artikel 49 TEUF og 56 TEUF. Følgelig er Domstolens praksis vedrørende fortolkningen af de grundlæggende friheder i det indre marked relevant for fortolkningen af de ovenfor nævnte direktivbestemmelser.

41. Inden for rammerne af prøvelsen i den foreliggende sag skal det imidlertid i lyset af denne retspraksis erindres, at direktiv 2004/18 udvider anvendelsesområdet for princippet om ligebehandling og princippet om forbud mod forskelsbehandling af økonomiske aktører til rent nationale situationer. Da der er tale om et harmoniseret område inden for EU-retten, kræver anvendelsen af dette princip på kontrakter, der er omfattet af dette direktiv, ikke nødvendigvis, at der foreligger et grænseoverskridende element.

42. Det følger af den generelle regel i artikel 2 i direktiv 2004/18, at de ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører, og at de handler på en gennemsigtig måde. Disse principper er af grundlæggende betydning i forhold til de tekniske specifikationer som følge af den risiko for forskelsbehandling, der er forbundet med valget af disse specifikationer, eller med den måde, hvorpå de formuleres [12].

43. Det fremgår således af artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18, der foreskriver, hvorledes de tekniske specifikationer skal udføres, og hvorledes de krav, som den ordregivende myndighed ønsker at indføre i disse specifikationer, skal fastsættes, at de tekniske specifikationer skal give tilbudsgiverne lige muligheder, og at de ikke må bevirke, at der skabes ubegrundede hindringer for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.

44. I den foreliggende sag hersker der ingen tvivl om, at det krav om, at de økonomiske aktører skal råde over en sundhedsinstitution i Bilbao, der fremgår af de tekniske specifikationer i de to omtvistede udbud, kan gøre det vanskeligere for de potentielle økonomiske aktører, der ikke ejer en sådan institution, at få adgang til de offentlige kontrakter.

45. Jeg vil gerne understrege, at dette krav begrænser adgangen til offentlige kontrakter, selv om det ikke er defineret som et kriterium for udvælgelsen af økonomiske aktører, og selv om den omstændighed, at den økonomiske aktør ejer en institution, alene er et ufravigeligt krav i forbindelse med gennemførelsen af kontrakten.

46. Jeg er på dette punkt ikke af den samme opfattelse som Departamento de Sanidad, der med henvisning til dom Contse m.fl. [13] har anført, at kravet om, at den økonomiske aktør ejer en institution på det sted, hvor tjenesteydelserne skal leveres, ikke begrænser adgangen til den offentlige kontrakt, såfremt dette krav defineres som en betingelse for kontraktens udførelse.

47. Jeg erindrer om, at tilbudsgiverne i sagen Contse m.fl. [14] for at kunne deltage i et udbud vedrørende sundhedstjenesteydelser i form af åndedrætsterapi skulle råde over forretningslokaler i en bestemt provins. Dette krav udgjorde et udvælgelseskriterium, der fandt anvendelse på tidspunktet for fremsættelsen af tilbuddet, og det ville formentlig ikke have medført vanskeligheder, såfremt det først havde skullet være opfyldt på tidspunktet for udførelsen af tjenesteydelsen.

12 — Dom Kommissionen mod Nederlandene (C-368/10, EU:C:2012:284, præmis 62).

13 — Dom Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644).

14 — Ibidem (præmis 55-57).

48. Det fremgår imidlertid klart af den nævnte dom, at kravet om at råde over forretningslokaler i en bestemt provins ikke medførte nogen byrdefuld investering, og at det efter sin karakter uden vanskeligheder kunne opfyldes på ethvert tidspunkt. Dette er ikke tilfældet i den foreliggende sag, idet der, som den forelæggende ret har anført, kræves store og tidskrævende investeringer for at skabe en hospitalsinfrastruktur i Bilbao, hvilket formentlig ikke vil være rentabelt, når der henses til det begrænsede omfang af de tjenesteydelser, der er omfattet af udbuddet.

49. Hvad angår det krav, der er genstand for hovedsagen, forudsætter en deltagelse i udbuddet, at den økonomiske aktør påtager sig at foretage de investeringer, der er nødvendige for at udføre tjenesteydelser ved institutioner, der er beliggende i Bilbao kommune.

50. Kravet om at råde over en institution i den nævnte kommune kan i øvrigt hindre den ved traktaten sikrede frie udveksling af tjenesteydelser eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, selv om kravet alene vedrører den periode, hvor kontrakten skal gennemføres.

51. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger begrænser det omhandlede krav åbenbart de økonomiske aktørers adgang til at deltage i udbudsprocedurerne som omhandlet i artikel 2 og artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18.

C – *Begrænsningernes begrundelse i almene hensyn*

52. Det skal herefter undersøges, om dette krav kan begrundes i tvingende almene hensyn, og om det er foreneligt med proportionalitetsprincippet.

53. Jeg bemærker, at selv om det omtvistede krav måtte udgøre en begrænsning, der er begrundet i henhold til de principper, som er udviklet i Domstolens praksis med hensyn til begrænsninger for udøvelsen af de grundlæggende friheder i det indre marked, skal det endvidere godtgøres, at det er foreneligt med artikel 2 og artikel 23, stk. 2, i direktiv 2004/18. I henhold til disse bestemmelser må der nemlig ikke skabes »ubegrundede hindringer« for konkurrence med hensyn til offentlige kontrakter.

54. Det fremgår af Domstolens praksis, at de kriterier, der anvendes i forbindelse med indgåelsen af offentlige kontrakter skal overholde princippet om forbud mod forskelsbehandling, således som dette kan udledes af traktatens bestemmelser om fri udveksling af tjenesteydelser. Begrænsninger af den frie udveksling af tjenesteydelser kan endvidere anses for begrundet, såfremt de opfylder de betingelser, der er opstillet i retspraksis herom [15].

55. Nationale foranstaltninger, der kan hindre udøvelsen af de grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser for at være i overensstemmelse med artikel 49 TEUF og artikel 56 TEUF. De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende almene hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det mål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå målet [16].

56. De sagsøgte i hovedsagen og den spanske regering har som begrundelse for det omtvistede krav henvist til nødvendigheden af at sikre kvaliteten og pålideligheden af det offentlige sundhedssystem.

57. Den spanske regering har anført, at målet med de omhandlede udbudsprocedurer var at yde støtte til den offentlige sundhedstjeneste inden for området for kirurgiske indgreb. Da der er tale om væsentlige tjenesteydelser for befolkningen, som leveres af den baskiske regering, er det ikke overraskende, at regeringen under henvisning til almene hensyn besluttede at indgå kontrakt med en

15 — Ibidem (præmis 49).

16 — Dom Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, præmis 37).

privat aktør, som ejer et hospital i Bilbao, hvor en stor andel af befolkningen i provinsen Vizcaya er bosiddende. Hensyn, der vedrører kvaliteten og pålideligheden af de sundhedstjenesteydelser, der udføres på de offentlige myndigheders regning, bør være tilstrækkelige til at begrunde en sådan begrænsning i de ved traktaten sikrede friheder.

58. Departamento de Sanidad har som begrundelse for det omtvistede krav henvist til de vanskeligheder, som befordring medfører for kirurger, patienter og deres pårørende, til det offentlige transportsystems radiale karakter i storbyområdet Bilbao og til den omstændighed, at der findes direkte transportforbindelser mellem denne by og andre lokaliteter i provinsen. Departamento de Sanidad har endvidere anført, at det tilkommer den offentlige sundhedstjeneste at afgøre, hvor det i forhold til patienterne er mest hensigtsmæssigt at placere en sundhedsinstitution.

59. Departamento de Sanidad har endvidere henvist til den geografiske opdeling, der er indført på området for udførelsen af offentlige sundhedstjenesteydelser. Denne opdeling skal også opretholdes, når det offentlige sundhedssystem modtager bistand fra private sundhedsinstitutioner, der er valgt i forbindelse med et udbud. Hvad angår de tekniske specifikationer i et sådant udbud, udgør den omstændighed, at tjenesteydelserne skal udføres inden for et bestemt sundhedsdistrikt, et vigtigt krav for leveringen af de tjenesteydelser, der udføres for at hjælpe den offentlige sundhedstjeneste. Departamento de Sanidad har anført, at det hospital, som Grupo Hospitalario Quirón ejer, er beliggende i Erandio og dermed i en kommune, der tilhører et andet sundhedsdistrikt end hospitalerne i Basurto og Galdakao. Erandio kommune er beliggende i oplandsområdet for det offentlige hospital i Cruces, der ikke er omfattet af det udbud, som er genstand for tvisten i hovedsagen.

60. Jeg finder ikke disse argumenter overbevisende.

61. Hvad angår Departamento de Sanidads argument om den geografiske opdeling af den offentlige sundhedstjeneste bemærkes, at medlemsstaterne ikke kan påberåbe sig forvaltningsmæssige hensyn som begrundelse for at begrænse de grundlæggende friheder [17].

62. I den foreliggende sag udgør henvisningen til den geografiske opdeling af den offentlige sundhedstjeneste, som den offentlige forvaltning har indført, derfor ikke et argument, der kan begrunde en begrænsning af det område, hvor den tjenesteydelse, der er omfattet af udbuddene, skal udføres. En sådan begrundelse bør støtte sig på reelle praktiske vanskeligheder, der gør det nødvendigt at kræve, at tjenesteydelsen skal udføres ved sundhedsinstitutioner, der er beliggende i Bilbao.

63. Departamento de Sanidads argument om, at selv om udbuddene blev udvidet til også at omfatte institutioner, der var beliggende i andre kommuner, ville indgåelse af kontrakter med private aktører kunne være uønsket, fordi de omhandlede indgreb ville kunne udføres på et offentligt hospital, der tilhører et andet sundhedsdistrikt, f.eks. hospitalet i Cruces, der ikke er omfattet af de omtvistede udbud, finder jeg endvidere ikke overbevisende.

64. EU-retten er ikke til hinder for, at Departamento de Sanidad får bistand fra et offentligt hospital, der er beliggende i en anden kommune i provinsen. En offentlig myndighed kan opfylde de opgaver, som påhviler den, gennem anvendelse af sine egne ressourcer uden at være forpligtet til at gøre brug af eksterne organer, og den kan også opfylde disse opgaver i samarbejde med andre offentlige myndigheder [18].

17 — Jf. dom Kommissionen mod Østrig (C-356/08, EU:C:2009:401, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis).

18 — Dom Kommissionen mod Tyskland (C-480/06, EU:C:2009:357, præmis 45).

65. Eftersom myndigheden imidlertid har besluttet at indgå en kontrakt med en privat aktør i forbindelse med et udbud, kan den ikke udelukke en tilbudsgiver alene med henvisning til den geografiske administrative opdeling af de offentlige hospitalers virksomhed.

66. Hvad angår de hensyn til kvaliteten og pålideligheden af det offentlige sundhedssystem, som den spanske regering har henvist til, bemærkes endvidere, at disse hensyn uden tvivl udgør en begrundelse, der kan begrunde en begrænsning af den frie udveksling af tjenesteydelser.

67. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at formålet bestående i at opretholde en stabil læge- og hospitalstjeneste af høj kvalitet, som alle har adgang til, kan være omfattet af undtagelserne i artikel 52 TEUF, i det omfang et sådant formål bidrager til at opnå et højt sundhedsbeskyttelsesniveau [19].

68. En sundhedsinstitutions beliggenhed i forhold til patienternes bopæl udgør uden tvivl et væsentligt element af sundhedstjenesteydelser. Befordring medfører nødvendigvis yderligere udgifter og kan i nødsituationer indebære en sundhedsrisiko for patienten og vanskeligheder for de pårørende og i den foreliggende sag ulemper i forbindelse med, at de læger, der er ansat ved de offentlige hospitaler, skal indfinde sig ved det privathospital, hvor indgrebet skal udføres.

69. Efter min opfattelse hersker der ikke tvivl om, at disse omstændigheder kan begrunde en begrænsning af det geografiske område, hvor de sundhedstjenesteydelser, der er omfattet af udbuddene, skal udføres.

70. Begrænsningen af det område, hvor tjenesteydelserne skal udføres, skal imidlertid være forenelig med proportionalitetsprincippet og skal dermed sikre opfyldelsen af det tilsigtede mål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål [20].

71. For at begrænsningen vedrørende institutionernes beliggenhed skal kunne sikre, at det tilsigtede mål om adgang til og kvaliteten af sundhedsydelserne nås, kan det ikke udelukkende være begrundet i den geografiske administrative opdeling. En sådan opdeling tager nemlig oftest ikke hensyn til særlige forhold såsom sundhedsinstitutionernes beliggenhed og patienternes bopæl.

72. For at kunne fastlægge det sted, hvor tjenesteydelserne skal leveres, skal der foretages en objektiv vurdering af den ulempe, der er forbundet med at skulle tilbagelægge afstanden mellem sundhedsinstitutionerne og patienternes bopæl.

73. Det bemærkes endvidere, at den afstand, der skal tilbagelægges for at nå frem til en sundhedsinstitution, kan have forskellig betydning alt afhængigt af, hvilken form for ydelse der er tale om. Denne afstand er uden tvivl af afgørende betydning i forbindelse med akutte indgreb. Når der derimod er tale om planlagte indgreb, udgør de vanskeligheder, der er forbundet med befordring, ikke en lige så vigtig betingelse for udførelsen af sundhedstjenesteydelser.

74. Efter min opfattelse er det omhandlede krav uforholdsmæssigt, idet dette krav forudsætter, at tjenesteydelserne skal udføres inden for grænserne af Bilbao kommune, således som disse grænser er fastast af forvaltningsmæssige årsager. Dette krav er ikke baseret på en objektiv vurdering af de vanskeligheder, der er forbundet med at nå frem til sundhedsinstitutionen og tager heller ikke hensyn til arten af de sundhedsydelser, der er genstand for udbuddene.

19 — Jf. bl.a. dom Kohll (C-158/96, EU:C:1998:171, præmis 50 og 51) og Smits og Peerbooms (C-157/99, EU:C:2001:404, præmis 73 og 74).

20 — Jf. domme Kommissionen mod Spanien (C-158/03, EU:C:2005:642, præmis 70) og Contse m.fl. (C-234/03, EU:C:2005:644, præmis 41). Det bemærkes, at proportionalitetsprincippet spiller en væsentlig rolle i forbindelse med prøvelsen af, om nationale foranstaltninger, der begrænser det indre markeds friheder, er lovlige, jf. A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Wolters Kluwer, Warszawa, 2009, afdeling 3.1.1.

75. Den omstændighed, at de berørte patienter, som anført af den forelæggende ret, ikke udelukkende er bosiddende i Bilbao kommune, men også i de tilgrænsende kommuner, og at det offentlige hospital, der for så vidt angår den ene af de offentlige kontrakter får bistand fra privathospitaler, er hospitalet i Galdakao, der er beliggende uden for Bilbao kommune, viser endvidere, at det nævnte krav er uforholdsmæssigt.

76. Departamento de Sanidad og den spanske regering har anført, at Bilbao er udpeget som det sted, hvor tjenesteydelserne skal udføres, ud fra en forudsætning om, at denne by udgør knudepunktet for den offentlige transport, hvilket gør det nemt at nå frem til Bilbao fra andre steder i provinsen.

77. Efter min opfattelse er dette argument ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at det i hovedsagen omhandlede krav er forholdsmæssigt.

78. Det kan for det første ikke udelukkes, at befordringen fra Bilbaos centrum til et privathospital, der er beliggende inden for grænserne af denne by, kan medføre de samme vanskeligheder som dem, der er forbundet med befordringen til et hospital i en tilgrænsende kommune.

79. For det andet fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at befordringstiden fra Bilbaos centrum til det hospital, som sagsøgeren ejer, og som er beliggende i en tilgrænsende kommune, ikke er forbundet med de store vanskeligheder. Det fremgår endvidere af de svar, som parterne har afgivet under retsmødet, at de omhandlede offentlige kontrakter omfatter sundhedstjenesteydelser i form af planlagte indgreb.

80. Den forelæggende ret har endvidere anført, at de offentlige kontrakter om udførelse af sundhedstjenesteydelser, som Departamento de Sanidad tidligere har indgået, ikke indeholdt et sådant krav i relation til institutionernes beliggenhed, og at den ordregivende myndigheds juridiske rådgiver har afgivet en udtalelse, hvori det anbefales, at dette krav fjernes, idet det er vanskeligt at forene med princippet om ligebehandling af økonomiske aktører.

81. Det bemærkes, at det tilkommer den forelæggende ret at fastlægge de faktiske omstændigheder og at drage de konklusioner, der kan udledes heraf for så vidt angår begrænsningens forholdsmæssighed.

82. De omstændigheder, der er beskrevet i forelæggelsesafgørelsen, synes imidlertid at antyde, at befordringen til det hospital, der er beliggende i Erandio kommune, ikke medfører urimelige vanskeligheder for patienterne og sundhedspersonalet. Disse omstændigheder giver anledning til at fastslå, at det omhandlede krav er uforholdsmæssigt.

83. Som Kommissionen med føje har anført i sit skriftlige indlæg, skal det endvidere undersøges, om der findes mindre indgribende foranstaltninger for den frie udveksling af tjenesteydelser, der gør det muligt at nå det tilsigtede mål.

84. Det kan i det foreliggende tilfælde ikke udelukkes, at den af Departamento de Sanidad og den spanske regering påberåbte almene interesse kan sikres ved mindre indgribende foranstaltninger som f.eks. ved et krav om, at tjenesteydelserne skal udføres ved sundhedsinstitutioner, som det ikke vil være urimelig vanskeligt for patienter og sundhedspersonale at nå frem til med offentlige transportmidler. En teknisk specifikation med et sådant indhold ville endvidere kunne omfatte en angivelse af den befordringstid fra Bilbaos centrum, som den ordregivende myndighed ville anse for rimelig.

VI – Forslag til afgørelse

85. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare det af Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao (Spanien) forelagte spørgsmål som følger:

»Artikel 2 og artikel 23, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter er til hinder for, at de tekniske specifikationer i en offentlig kontrakt om udførelsen af sundhedstjenesteydelser indeholder et krav om, at disse tjenesteydelser udelukkende skal udføres af sundhedsinstitutioner, der er beliggende i en bestemt kommune, når dette krav ikke støttes på en objektiv vurdering af de befordringsvanskeligheder, som dette medfører for patienterne, under hensyn til arten af de sundhedstjenesteydelser, som den offentlige kontrakt omfatter.«