Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 11 juni 2015 [1]

Zaak C-552/13

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

[verzoek van de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao (Spanje) om een prejudiciële beslissing]

„Verzoek om een prejudiciële beslissing — Procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Artikelen 2 en 23, lid 2 — Beginsel van gelijke behandeling van ondernemers — Gezondheidszorgdiensten — Vereiste dat de diensten uitsluitend worden verricht in centra die zich op het grondgebied van een bepaalde gemeente bevinden”

I – **Inleiding**

1. Mogen de technische specificaties van een overheidsopdracht voor het verrichten van gezondheidszorgdiensten het vereiste omvatten dat die diensten uitsluitend worden verricht in centra die zich op het grondgebied van een bepaalde gemeente bevinden? Kan een dergelijk vereiste worden gerechtvaardigd op gronden die verband houden met de toegankelijkheid tot en de kwaliteit van de gezondheidszorg?

2. Deze vragen die de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao (administratieve rechter in eerste aanleg te Bilbao) (Spanje) aan het Hof heeft voorgelegd, weerspiegelen de twijfel die bij hem is gerezen in een zaak betreffende twee aanbestedingen die door de Baskische autoriteiten zijn uitgeschreven met het oog op de gunning van opdrachten voor diensten die verband houden met chirurgische ingrepen. Deze opdrachten dienden het mogelijk te maken dat operatiekwartieren die zich bevinden in private ziekenhuizen, ter beschikking worden gesteld voor ingrepen die worden verricht door artsen die in openbare gezondheidscentra zijn tewerkgesteld, teneinde de wachttijd voor de ingreep te verkorten.

1 — Oorspronkelijke taal: Pools.

II – **Toepasselijke bepalingen**

A – *Unierecht*

3. Artikel 2 van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten [2], met het opschrift „Beginselen van het plaatsen van overheidsopdrachten", bepaalt:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

4. Artikel 21 van deze richtlijn luidt als volgt:

„Voor de plaatsing van opdrachten voor het verlenen van in bijlage II B vermelde diensten zijn alleen artikel 23 en artikel 35, lid 4, van toepassing."

5. Artikel 23, lid 2, van deze richtlijn bepaalt:

„De technische specificaties moeten de inschrijvers gelijke toegang bieden en mogen niet tot gevolg hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen."

6. Bijlage II B bij de richtlijn vermeldt „[g]ezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening" (categorie 25).

B – *Spaans recht*

7. De artikelen 2 en 23, lid 2, van richtlijn 2004/18 werden in Spaans recht omgezet door de artikelen 101, lid 2, en 123 van Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (wet nr. 30/2007 van 30 oktober 2007 inzake overheidsopdrachten). [3]

III – **Hoofdgeding en prejudiciële vraag**

8. Het hoofdgeding betreft twee procedures voor de gunning van een overheidsopdracht voor diensten die door een ziekenhuis worden verricht in verband met ingrepen op het gebied van algemene chirurgie, abdominale chirurgie, urologie, gynaecologie, orthopedie, traumatologie, lichte chirurgische ingrepen en oftalmologische chirurgie. Deze opdrachten zien niet op de diensten van de chirurg als zodanig, die is tewerkgesteld door de openbare gezondheidsdienst en zich begeeft naar het private ziekenhuis waaraan de opdracht is gegund om de ingreep te verrichten.

9. Op 15 december 2010 heeft het Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco (Baskisch ministerie van Volksgezondheid; hierna: „Departamento de Sanidad") de voorwaarden voor overheidsopdracht nr. 21/2011 inzake het beheer van de openbare dienst van chirurgische ingrepen voor het gezondheidsgebied van Biskaje (gebied van de openbare ziekenhuizen in Basurto en Galdakao) goedgekeurd. De geschatte waarde van de opdracht bedraagt 5 841 041,84 EUR.

2 — PB L 134, blz. 114, laatstelijk gewijzigd door verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009 (PB L 314, blz. 64).

3 — *Boletín Oficial del Estado* van 31 oktober 2007.

10. Op 10 mei 2011 heeft het Departamento de Sanidad de voorwaarden voor overheidsopdracht nr. 50/2011 inzake het beheer van de openbare dienst van oftalmologische chirurgische ingrepen goedgekeurd. Deze dienst betreft het gebied van het openbaar ziekenhuis in Galdakao. De geschatte waarde van de opdracht bedraagt 6 273 219,53 EUR.

11. De aankondigingen van beide opdrachten werden op respectievelijk 31 januari 2011 en 14 juni 2011 gepubliceerd in het *Boletín Oficial del País Vasco* (officieel publicatieblad van Baskenland). In punt 2, onder d), van elke aankondiging werd erop gewezen dat de plaats van dienstverrichting Bilbao dient te zijn.

12. De technische specificaties van beide opdrachten bepalen in deel A, „Structuur, uitrusting en dienstengamma van het ziekenhuis", met betrekking tot de minimumvereisten in punt 2, „Ligging":

„Gelet op de noodzaak om deze diensten voldoende dicht bij de patiënten en hun familieleden te verstrekken, gezien de beschikbaarheid van en de reistijd met het openbaar vervoer alsook de noodzaak om de verplaatsingen van het medische personeel van de [openbare] ziekenhuizen te beperken, moeten de voorgestelde gezondheidscentra zich in de gemeente Bilbao bevinden."

13. Grupo Hospitalario Quirón SA (hierna: „Grupo Hospitalario Quirón") is eigenaar van een algemeen ziekenhuis in de gemeente Erandio. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat dit ziekenhuis voldoet aan de in de technische specificaties gestelde voorwaarden, behalve dat het zich niet in Bilbao, maar in een aangrenzende gemeente bevindt.

14. Op 13 september 2011 heeft Grupo Hospitalario Quirón bij de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao beroep ingesteld tegen de beslissingen van het Departamento de Sanidad betreffende de aankondigingen van de twee bovengenoemde overheidsopdrachten. Verzoekster verzocht onder meer om nietigverklaring van die beslissingen en om te gelasten dat wordt overgegaan tot een nieuwe aanbestedingsprocedure, die niet het vereiste omvat dat de diensten in Bilbao worden verricht.

15. In de procedures, die zijn gevoegd door de verwijzende rechter, heeft het Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, dat een gezondheidscentrum te Bilbao heeft, als verweerder geïntervenieerd.

16. In het verzoekschrift voert Grupo Hospitalario Quirón aan dat het vereiste dat de diensten uitsluitend worden verricht in centra die zijn gelegen op het grondgebied van Bilbao, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, de vrije toegang tot aanbestedingsprocedures, de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling van de deelnemers en de vrije mededinging. Zij stelt dat het gelet op bovengenoemd vereiste noodzakelijk is te beschikken over een complexe materiële infrastrucutuur in Bilbao, waarvan de verwezenlijking aanzienlijke investeringen vergt en veel tijd in beslag neemt. Dergelijke investeringen hebben geen zin indien enkel de in de overheidsopdracht aan de orde zijnde diensten moeten worden verricht. Derhalve kunnen enkel de in Bilbao gevestigde ziekenhuizen deelnemen aan de aanbesteding.

17. Grupo Hospitalario Quirón is van mening dat, zelfs rekening houdend met de mobiliteitsproblemen van de patiënten en van de chirurgen die in de openbare ziekenhuizen te Basurto en Galdakao tewerkgesteld zijn, bovengenoemd vereiste niet gerechtvaardigd is, in het bijzonder in het geval van verzoekster, die een ziekenhuis bezit in een aan Bilbao grenzende gemeente.

18. In antwoord op het verzoekschrift betoogt het Departamento de Sanidad dat het litigieuze vereiste geen beperking inhoudt van het recht van elke inschrijver om aan de aanbesteding deel te nemen, daar niet van hem wordt verlangd dat hij over centra in Bilbao beschikt, maar enkel dat hij in staat is om diensten te verrichten in te Bilbao gelegen centra indien de overeenkomst wordt gesloten. Het

Departamento de Sanidad voert tevens aan dat de voorwaarde, volgens welke de plaats van dienstverrichting Bilbao dient te zijn, gerechtvaardigd is wegens de eventuele mobiliteitsproblemen van de patiënten. Het feit dat er in het grootstedelijk gebied van Bilbao een radiaal net van openbaar vervoer is, waarborgt immers gemakkelijke verplaatsingen.

19. De verwijzende rechter wijst erop dat niet kan worden uitgesloten dat het betrokken vereiste de vrije mededinging op het gebied van aanbestedingen op ontoelaatbare wijze beperkt. Hij merkt op dat dit vereiste niet noodzakelijk lijkt te zijn uit praktisch oogpunt. Het sluiten van overeenkomsten betreffende het verrichten van gezondheidszorgdiensten in centra die zijn gelegen in gemeenten die niet de woonplaats van de patiënten zijn, is een courante praktijk van de instanties van de openbare gezondheidsdienst in Spanje. Bovendien zijn er meerdere mogelijkheden om het ziekenhuis van Grupo Hospitalario Quirón vanuit Bilbao te bereiken per metro of bus, en de reistijd met privévervoer bedraagt gemiddeld 14 minuten.

20. Volgens de verwijzende rechter dient te worden vastgesteld, ten eerste, of in het onderhavige geval het vereiste dat de diensten uitsluitend in Bilbao worden verricht, kan worden gerechtvaardigd gelet op het voorwerp van de opdracht, en ten tweede, of dit vereiste de mededinging niet op ongeoorloofde wijze beperkt, daar dit vereiste niet geboden lijkt te zijn om voor de patiënten de toegang tot de diensten te verzekeren. In het bijzonder is deze rechter van oordeel dat er geen enkele objectieve grond bestaat om inschrijvingen uit te sluiten van een marktdeelnemer die een ziekenhuis in een aangrenzende gemeente heeft, wanneer de patiënten vanuit hun woonplaats het ziekenhuis binnen een redelijke tijd kunnen bereiken. De verwijzende rechter wijst tevens op het feit dat de diensten niet enkel bestemd zijn voor patiënten die in de gemeente Bilbao wonen. Volgens de verwijzende rechter kan derhalve niet worden uitgesloten dat het litigieuze vereiste in de technische specificaties van de aanbestedingen de artikelen 2 en 23, lid 2, van richtlijn 2004/18 schendt.

21. In deze context heeft de Juzgado Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Is het vereiste in overheidsopdrachten voor het beheer van openbare gezondheidszorgdiensten dat de in dergelijke opdrachten aan de orde zijnde gezondheidszorgdienst uitsluitend in een bepaalde gemeente wordt verricht, waarin de patiënten niet noodzakelijk hun woonplaats hebben, verenigbaar met het recht van de Europese Unie?”

IV – **Procesverloop voor het Hof**

22. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is ter griffie van het Hof ingekomen op 25 oktober 2013. Het Hof heeft een verzoek om verduidelijking gezonden aan de verwijzende rechter, die daarop heeft geantwoord op 11 april 2014.

23. Schriftelijke opmerkingen werden ingediend door de verwerende partijen in het hoofdgeding, de Spaanse regering en de Europese Commissie. Het Departamento de Sanidad en de Spaanse regering hebben verzocht om een pleitzitting. Grupo Hospitalario Quirón, het Departamento de Sanidad, de Spaanse regering en de Commissie hebben deelgenomen aan de pleitzitting die op 20 april 2015 werd gehouden.

V – **Analyse**

A – *Opmerkingen vooraf*

24. Het hoofdgeding betreft twee openbare aanbestedingsprocedures voor openbare gezondheidszorgdiensten. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de betrokken opdrachten zien op diensten die worden verricht door een ziekenhuis in verband met chirurgische ingrepen, in het kader van een specifieke samenwerking tussen de openbare gezondheidsdienst en private ziekenhuizen teneinde de wachtlijsten van de patiënten van de openbare gezondheidsdienst te verkorten. De opdrachten zien niet op de diensten van de chirurg als zodanig, aangezien de ingrepen worden uitgevoerd door artsen die zijn tewerkgesteld in de openbare ziekenhuizen en die zich begeven naar het private ziekenhuis waaraan de opdracht is gegund.

25. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt niet duidelijk of deze opdrachten betrekking hebben op overheidsopdrachten voor diensten, dan wel op de gunning van concessieovereenkomsten voor diensten, die zijn uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 2004/18 [4].

26. Uit de aanvullende verduidelijkingen die de verwijzende rechter heeft gegeven op verzoek van het Hof en die partijen ter terechtzitting hebben gegeven, blijkt evenwel dat het hoofdgeding betrekking heeft op overheidsopdrachten voor diensten, die onder de werkingssfeer van bovengenoemde richtlijn vallen.

27. Uit die verduidelijkingen blijkt dat de dienstverrichter aan wie de opdracht wordt gegund, rechtstreeks door de aanbestedende dienst wordt vergoed, en niet is blootgesteld aan het wezenlijke deel van het economische risico dat is verbonden aan die dienstverrichting. [5] In het bijzonder, zoals het Departamento de Sanidad ter terechtzitting heeft gesteld, blijft de overheidsdienst aansprakelijk voor eventuele schade die patiënten in verband met een ingreep lijden. Op soortgelijke wijze beklemtoont de Spaanse regering in haar schriftelijke opmerkingen dat de kwalificatie van bovengenoemde opdrachten als opdrachten voor diensten tevens voortvloeit uit de nationale bepalingen die in de aankondigingen zijn vermeld.

28. Verder dient erop te worden gewezen dat de geschatte waarde van elke opdracht de in artikel 7 van richtlijn 2004/18 vermelde drempelbedragen ruim overschrijdt.

29. Deze omstandigheden, waarvan de vaststelling uiteraard tot de bevoegdheid van de verwijzende rechter behoort, wijzen duidelijk erop dat richtlijn 2004/18 van toepassing is.

30. Evenwel zou ik erop willen wijzen dat het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers op het gebied van dienstverrichting, waarop later nog zal worden ingegaan, tevens van toepassing zou zijn in het geval van het plaatsen van een concessieovereenkomst voor diensten.

4 — Zie de artikelen 1, punt 14, en 17 van richtlijn 2004/18.

5 — Zie in die zin arresten Contse e.a., C-234/03, EU:C:2005:644, punt 22; Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, punten 66-67, en Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punt 37.

31. Hoewel volgens het thans in de Unie geldende recht concessieovereenkomsten voor diensten niet vallen onder richtlijn 2004/18, zijn de overheidsinstanties niettemin verplicht – op voorwaarde dat de opdracht een zeker grensoverschrijdend belang vertoont – de fundamentele bepalingen van het VWEU, in het bijzonder de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU, te eerbiedigen.[6] Zoals de Spaanse regering in haar schriftelijke opmerkingen zelf opmerkt, lijkt het bovendien in de onderhavige zaak waarschijnlijk dat de opdrachten een grensoverschrijdend belang hebben gelet op de hoge geschatte waarde ervan en de geografische ligging van Baskenland.

32. Diensten die worden verricht in het kader van het openbare gezondheidswezen, zoals die welke het voorwerp van de betrokken aanbestedingen vormen, hebben zonder enige twijfel een fundamentele maatschappelijke betekenis.

33. In herinnering dient te worden gebracht dat zowel uit artikel 168, lid 7, VWEU als uit de rechtspraak van het Hof voortvloeit dat het Unierecht niet afdoet aan de bevoegdheid van de lidstaten op het gebied van de organisatie van de openbare gezondheidsdienst.[7]

34. Bij de uitoefening van die bevoegdheid mogen de lidstaten evenwel geen ongerechtvaardigde beperkingen op de uitoefening van de fundamentele vrijheden van de interne markt invoeren of handhaven. Bij de beoordeling van de nakoming van deze verplichting moet er rekening mee worden gehouden dat de gezondheid en het leven van personen een belangrijke plaats innemen onder de goederen en belangen die door het Verdrag worden beschermd en dat het taak is van de lidstaten, die over een beoordelingsmarge beschikken, om te beslissen op welk niveau zij de bescherming van de volksgezondheid wensen te verzekeren, en hoe dit dient te gebeuren.[8]

35. Bovendien is de openbare gezondheidsdienst in de afzonderlijke lidstaten op zeer verschillende wijze georganiseerd en de in dit kader verrichte diensten hebben zelden een grensoverschrijdend karakter.

36. Deze omstandigheden werden in aanmerking genomen door de Uniewetgever, die heeft bepaald dat „Gezondheidszorg” behoort tot de categorie van niet-prioritaire diensten vermeld in bijlage II B bij richtlijn 2004/18.[9]

37. De Uniewetgever is uitgegaan van het vermoeden dat dergelijke diensten a priori geen grensoverschrijdend belang hebben en hierdoor niet volledig vallen binnen de werkingssfeer van bovengenoemde richtlijn.[10]

38. Overeenkomstig artikel 21 van richtlijn 2004/18 zijn op de in bijlage II B vermelde diensten, en derhalve ook op „Gezondheidszorg en maatschappelijke dienstverlening”, alleen artikel 23 en artikel 35, lid 4, van de richtlijn van toepassing.

6 — Arresten Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, punt 16, en Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punt 49. Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PB L 94, blz. 1) is niet van toepassing op de onderhavige zaak gelet op zowel de omzettingstermijn als de overgangsbepalingen van artikel 54, tweede alinea.

7 — Zie arrest Azienda sanitaria locale n. 5 „Spezzino” e.a., C-113/13, EU:C:2014:2440, punt 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

8 — Ibidem, punt 56 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

9 — De bijzondere regeling voor de gezondheidszorg werd gehandhaafd door de nieuwe – op de onderhavige zaak ratione temporis niet-toepasselijke – richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (artikel 74 en bijlage XIV) en, met betrekking tot het plaatsen van concessieovereenkomsten, door richtlijn 2014/23 (artikel 19 en bijlage IV).

10 — Arrest Commissie/Ierland, C-507/03, EU:C:2007:676, punt 25. Deze kwestie werd tevens behandeld in de rechtsleer, zie A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych*, Warschau, LEX Wolters Kluwer 2012, blz. 167.

39. Volgens de rechtspraak van het Hof sluit artikel 21 van richtlijn 2004/18 evenwel niet de toepassing uit van de algemene bepalingen en slotbepalingen van de richtlijn, waaronder artikel 2 ervan, dat in de verwijzingsbeslissing wordt vermeld. [11]

B – *Beperking van de toegang van ondernemers tot openbare aanbestedingsprocedures tegen de achtergrond van de artikelen 2 en 23, lid 2, van richtlijn 2004/18*

40. Opgemerkt dient te worden dat zowel artikel 2 als artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18 uitdrukking is van het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers, dat tevens een algemeen beginsel is dat voortvloeit uit de fundamentele vrijheden van de interne markt die onder meer in de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU zijn vastgesteld. Derhalve is de rechtspraak van het Hof inzake de uitlegging van de fundamentele vrijheden van de interne markt relevant voor de uitlegging van bovengenoemde bepalingen van de richtlijn.

41. In het kader van de beoordeling van de onderhavige zaak in het licht van die rechtspraak dient evenwel in aanmerking te worden genomen dat richtlijn 2004/18 de werkingssfeer van het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie van ondernemers uitbreidt tot binnenlandse situaties. Daar het in casu gaat om een door het Unierecht geharmoniseerd domein, dient niet te worden gezocht naar een grensoverschrijdend element om dit beginsel te kunnen toepassen op opdrachten die binnen de werkingssfeer van de richtlijn vallen.

42. Volgens het algemene beginsel van artikel 2 van richtlijn 2004/18 behandelen aanbestedende diensten ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten zij transparantie in hun handelen. Deze beginselen zijn van cruciale betekenis voor de technische specificaties wegens het gevaar voor discriminatie in verband met de keuze van die specificaties of de formulering ervan. [12]

43. Aldus bepaalt artikel 23, lid 2, van richtlijn 2004/18, met de regels voor het opstellen van de technische specificaties en voor de vaststelling van de vereisten die de aanbestedende dienst daarin wil opnemen, dat de technische specificaties de inschrijvers gelijke toegang moeten bieden en niet tot gevolg mogen hebben dat ongerechtvaardigde belemmeringen voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen.

44. In de onderhavige zaak lijdt het geen twijfel dat het vereiste, te beschikken over een gezondheidscentrum in Bilbao, zoals gesteld in de technische specificaties van beide litigieuze aanbestedingen, de toegang tot de markt van overheidsopdrachten voor potentiële ondernemers die niet beschikken over een dergelijk centrum, kan bemoeilijken.

45. Ik wil met klem erop wijzen dat dit vereiste die toegang bemoeilijkt, ook al is het niet opgevat als een criterium voor de selectie van de ondernemers en is het slechts in de fase van uitvoering van de overeenkomst noodzakelijk om over een centrum te beschikken.

46. In dit verband ben ik het niet eens met het standpunt van het Departamento de Sanidad, dat verwijst naar het arrest Contse [13] en betoogt dat het vereiste, te beschikken over een centrum op de plaats van dienstverrichting, de toegang tot de aanbesteding niet beperkt indien het is opgevat als een voorwaarde voor de uitvoering van de overeenkomst.

11 — Zie in die zin arrest Contse e.a., C-234/03, EU:C:2005:644, punt 47.

12 — Arrest Commissie/Nederland, C-368/10, EU:C:2012:284, punt 62.

13 — Arrest Contse e.a., C-234/03, EU:C:2005:644.

47. Ik herinner eraan dat het arrest Contse [14] betrekking had op het vereiste om een kantoor te bezitten in een bepaalde provincie om te kunnen deelnemen aan een aanbestedingsprocedure voor het verrichten van diensten op het gebied van ademhalingstherapieën. Dit vereiste vormde een selectiecriterium dat gold op het tijdstip van indiening van de offerte en zou waarschijnlijk geen probleem vormen indien daaraan enkel moest zijn voldaan in de fase van verrichting van de dienst.

48. Niettemin blijkt duidelijk uit dat arrest dat voor het bezit van een kantoor in een bepaalde provincie geen grote investering nodig was en dat gelet op de aard ervan op elk moment gemakkelijk aan dit vereiste kon worden voldaan. Dit is niet het geval in de onderhavige zaak, daar – zoals de verwijzende rechter stelt – het creëren van ziekenhuisinfrastructuur in Bilbao aanzienlijke en tijdrovende investeringen vereist die waarschijnlijk niet winstgevend zouden zijn gelet op de beperkte omvang van de diensten waarop de aanbestedingen betrekking hebben.

49. Gelet op het in het hoofdgeding aan de orde zijnde vereiste impliceert de deelname aan de aanbestedingen dat de ondernemer de investeringen moet doen die nodig zijn voor het verrichten van de diensten in centra te Bilbao.

50. Bovendien kan het vereiste dat verband houdt met de noodzaak te beschikken over centra in een bepaalde gemeente, hoewel dit enkel betrekking heeft op de fase van uitvoering van de overeenkomst, de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheid van dienstverrichting belemmeren of minder aantrekkelijk maken.

51. In het licht van de voorgaande overwegingen beperkt het litigieuze vereiste duidelijk de toegang van ondernemers tot aanbestedingsprocedures in de zin van de artikelen 2 en 23, lid 2, van richtlijn 2004/18.

C – *Rechtvaardiging uit hoofde van redenen van algemeen belang*

52. Vervolgens dient te worden onderzocht of dit vereiste kan worden gerechtvaardigd uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang en of het in overeenstemming is met het evenredigheidsbeginsel.

53. Ik wil erop wijzen dat, indien het litigieuze vereiste een gerechtvaardigde beperking vormt in de zin van de beginselen die in de rechtspraak van het Hof met betrekking tot beperkingen op de uitoefening van de fundamentele vrijheden van de interne markt zijn ontwikkeld, tevens zou moeten worden erkend dat dit vereiste in overeenstemming is met de artikelen 2 en 23, lid 2, van richtlijn 2004/18. Deze bepalingen verbieden immers dat „ongerechtvaardigde belemmeringen” voor de openstelling van overheidsopdrachten voor mededinging worden geschapen.

54. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de criteria voor de gunning van overheidsopdrachten het beginsel van non-discriminatie dienen te eerbiedigen, zoals dit voortvloeit uit de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van dienstverrichting. Bovendien kunnen eventuele beperkingen van de vrijheid van dienstverrichting gerechtvaardigd zijn indien zij voldoen aan de voorwaarden welke zijn ontwikkeld in de rechtspraak betreffende deze vrijheid. [15]

14 — Ibidem, punten 55-57.

15 — Ibidem, punt 49.

55. Nationale maatregelen die de uitoefening van de fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, moeten voldoen aan vier voorwaarden om in overeenstemming te zijn met de artikelen 49 VWEU en 56 VWEU: 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 [16].

56. Verweerders in het hoofdgeding en de Spaanse regering rechtvaardigen het litigieuze vereiste met de noodzaak om een hoge kwaliteit en de betrouwbaarheid van de openbare gezondheidsdienst te waarborgen.

57. De Spaanse regering betoogt dat de betrokken procedures tot doel hebben, de openbare gezondheidsdienst op het gebied van chirurgische ingrepen te ondersteunen. Daar het gaat om door de Baskische regering verrichte wezenlijke diensten voor de maatschappij, lijkt het niet verwonderlijk dat deze regering om redenen van algemeen belang heeft beslist dat de overeenkomst zal worden gesloten met een particuliere marktdeelnemer die een gezondheidscentrum heeft in Bilbao, waar een groot deel van de bevolking van de provincie Biskaje woont. Redenen die verband houden met de kwaliteit en de betrouwbaarheid van gezondheidsdiensten die in naam en voor rekening van de overheidsinstanties worden verricht, dienen te volstaan als rechtvaardiging voor een dergelijke beperking van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden.

58. Ter rechtvaardiging van dit vereiste beroept het Departamento de Sanidad zich op mobiliteitsproblemen voor de chirurgen, patiënten en hun familieleden, en wijst het hierbij erop dat in het grootstedelijk gebied van Bilbao een radiaal net van openbaar vervoer bestaat en er directe verbindingen met het openbaar vervoer zijn tussen Bilbao en andere provinciesteden. Het Departamento de Sanidad stelt tevens dat de keuze van de geografische ligging van de gezondheidscentra die uit het oogpunt van de patiënten het gunstigst is, behoort tot de plichten van de openbare gezondheidsdienst.

59. Verder beroept het Departamento de Sanidad zich op de territoriale verdeling die geldt in het kader van de verrichting van openbare gezondheidszorgdiensten. Deze verdeling dient te worden gehandhaafd, ook wanneer de openbare gezondheidsdienst wordt bijgestaan door private gezondheidscentra waaraan de opdracht is gegund in het kader van een aanbesteding. In het geval van de technische specificaties van dergelijke aanbestedingen is de plaats van verrichting in een bepaald gezondheidsgebied een wezenlijk vereiste dat verband houdt met de verrichting van diensten die de openbare diensten ondersteunen. Het Departamento de Sanidad beklemtoont dat het ziekenhuis van Grupo Hospitalario Quirón zich bevindt in Erandio, en dus in een gemeente die behoort tot een ander gezondheidsgebied dan de ziekenhuizen in Basurto en Galdakao. De gemeente Erandio is gelegen in het gebied met als referentieziekenhuis het openbare ziekenhuis van Cruces, waarop de litigieuze aanbestedingen geen betrekking hebbben.

60. Deze argumenten overtuigen mij niet.

61. Met betrekking tot het argument van het Departamento de Sanidad inzake de territoriale verdeling van de openbare gezondheidsdienst dient eraan te worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak van het Hof de lidstaten zich niet kunnen beroepen op overwegingen van administratieve aard om een beperking van de fundamentele vrijheden te rechtvaardigen. [17]

16 — Arrest Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, punt 37.

17 — Zie arrest Commissie/Oostenrijk, C-356/08, EU:C:2009:401, punt 46 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

62. In de onderhavige zaak is het beroep op de door de administratie vastgestelde territoriale verdeling van de openbare gezondheidsdienst derhalve geen afdoend argument om de beperking betreffende de plaats van verrichting van de diensten die het voorwerp vormen van de aanbestedingen, te rechtvaardigen. Een dergelijke rechtvaardiging dient te worden gebaseerd op een aanwijzing van daadwerkelijke praktische moeilijkheden die vereisen dat een bepaalde dienst wordt verricht in gezondheidscentra in Bilbao.

63. Evenmin overtuigt het argument van het Departamento de Sanidad dat, indien de aanbestedingen zouden worden uitgebreid tot centra die zijn gelegen in andere gemeenten, het sluiten van overeenkomsten met particuliere marktdeelnemers nutteloos kan blijken te zijn, daar overeenkomstige ingrepen kunnen worden verricht in een openbaar ziekenhuis dat behoort tot een ander gezondheidsgebied, in het bijzonder in het ziekenhuis van Cruces, waarop de litigieuze aanbestedingen geen betrekking hebben.

64. Het Unierecht staat niet eraan in de weg dat het Departamento de Sanidad een beroep doet op een openbaar ziekenhuis dat in een andere gemeente van de provincie gelegen is. Een overheidsinstantie kan de op haar rustende taken van algemeen belang met haar eigen middelen vervullen, zonder dat zij een beroep hoeft te doen op externe lichamen, en zij kan die taken ook vervullen in samenwerking met andere overheidsinstanties. [18]

65. Wanneer een dergelijke instantie het evenwel nodig heeft geacht om een overeenkomst te sluiten met een particuliere marktdeelnemer in het kader van een aanbesteding, mag zij een inschrijver niet uitsluiten louter op grond van de administratieve territoriale verdeling van de werkzaamheden van de openbare ziekenhuizen.

66. Wat verder de door de Spaanse regering aangevoerde overwegingen betreft die verband houden met de betrouwbaarheid en de hoge kwaliteit van de openbare gezondheidsdienst, dient te worden opgemerkt dat dergelijke overwegingen zeker gronden zijn die een beperking van de vrijheid van dienstverrichting kunnen rechtvaardigen.

67. Volgens vaste rechtspraak van het Hof kan de doelstelling, een evenwichtige en voor eenieder toegankelijke verzorging van hoge kwaliteit door artsen en ziekenhuizen te handhaven, onder de in artikel 52 VWEU voorziene afwijkingen vallen, voor zover zij bijdraagt tot de verwezenlijking van een hoog niveau van gezondheidsbescherming. [19]

68. De ligging van een gezondheidscentrum ten aanzien van de woonplaats van de patiënt vormt zonder enige twijfel een belangrijk element voor de verrichting van gezondheidszorgdiensten. De noodzaak om zich te verplaatsen brengt extra kosten mee, en in noodgevallen zelfs een risico voor de gezondheid van de patiënt. Zij zorgt voor problemen voor de familieleden, en in de onderhavige zaak ook voor ongemakken die verband houden met de noodzaak dat het medische personeel dat in openbare ziekenhuizen is tewerkgesteld, zich begeeft naar het private ziekenhuis waar de ingreep zal worden verricht.

69. Mijns inziens lijdt het geen twijfel dat deze omstandigheden een beperking van het geografische gebied waarin de litigieuze gezondheidszorgdiensten dienen te worden verricht, kunnen rechtvaardigen.

18 — Arrest Commissie/Duitsland, C-480/06, EU:C:2009:357, punt 45.

19 — Zie met name de arresten Kohll, C-158/96, EU:C:1998:171, punten 50-51, en Smits en Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, punten 73-74.

70. Niettemin dient een beperking die verband houdt met de plaats van de dienstverrichting in overeenstemming te zijn met het evenredigheidsbeginsel, en dus geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaan dan daartoe noodzakelijk is. [20]

71. Opdat een beperking in verband met de ligging van gezondheidscentra de verwezenlijking van het doel van toegankelijkheid tot en kwaliteit van de gezondheidszorg kan waarborgen, mag zij niet uitsluitend worden gebaseerd op een administratieve territoriale verdeling. Die verdeling houdt immers meestal geen rekening met de bijzonderheden die voortvloeien uit de ligging van de gezondheidscentra en de woonplaats van de patiënten.

72. Bij de vaststelling van de plaats van dienstverrichting dient op objectieve wijze rekening te worden gehouden met het ongemak dat verband houdt met de afstand tussen het gezondheidscentrum en de woonplaats van de patiënten.

73. Tevens dient erop te worden gewezen dat de afstand tot het gezondheidscentrum een onderscheiden betekenis kan hebben naargelang van de aard van de diensten. De afstand is natuurlijk van wezenlijk belang bij dringende ingrepen. Bij geplande ingrepen vormen de praktische moeilijkheden die verband houden met de reistijd daarentegen geen even belangrijk element voor de verrichting van gezondheidszorgdiensten.

74. Mijns inziens is het litigieuze vereiste onevenredig, daar het voorziet in de dienstverrichting binnen de grenzen van de gemeente Bilbao zoals vastgesteld voor administratieve doeleinden. Dit vereiste is niet gebaseerd op een objectieve beoordeling van de moeilijkheden die verband houden met het traject naar het gezondheidscentrum, en houdt evenmin rekening met de aard van de gezondheidszorgdiensten die het voorwerp vormen van de aanbesteding.

75. De onevenredigheid van bovengenoemd vereiste blijkt tevens uit de omstandigheid dat de betrokken patiënten, zoals de verwijzende rechter stelt, niet uitsluitend wonen op het grondgebied van Bilbao, maar ook op het grondgebied van aangrenzende gemeenten, en dat in het geval van een van de aanbestedingen het openbare ziekenhuis dat wordt ondersteund door private centra het ziekenhuis te Galdakao is, dat buiten de gemeente Bilbao is gelegen.

76. Het Departamento de Sanidad en de Spaanse regering betogen dat de keuze van Bilbao als plaats van de dienstverrichting berust op het uitgangspunt dat deze gemeente een verkeersknooppunt van het openbaar vervoer vormt, zodat men zich gemakkelijk kan begeven naar andere gemeenten in de provincie.

77. Mijns inziens volstaat dit argument niet ter rechtvaardiging van de evenredigheid van het in het hoofdgeding aan de orde zijnde vereiste.

78. Ten eerste kan niet worden uitgesloten dat het traject van het centrum van Bilbao naar een privaat ziekenhuis binnen de stadsgrenzen te kampen heeft met soortgelijke problemen als het traject naar een ziekenhuis in een aangrenzende gemeente.

79. Ten tweede blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de reistijd van het centrum van Bilbao naar het ziekenhuis van verzoekster, dat is gelegen in een aangrenzende gemeente, geen grote problemen met zich brengt. Uit de antwoorden die partijen ter terechtzitting hebben gegeven blijkt tevens dat de opdrachten betrekking hebben op gezondheidszorgdiensten in verband met geplande ingrepen.

20 — Arresten Commissie/Spanje, C-158/03, EU:C:2005:642, punt 70, en Contse e.a., C-234/03, EU:C:2005:644, punt 41. In herinnering dient te worden gebracht dat de evenredigheidstoets een sleutelrol speelt bij het onderzoek van de rechtmatigheid van nationale maatregelen die de vrijheden van de interne markt beperken: zie A. Frąckowiak-Adamska, *Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, Warschau, Wolters Kluwer 2009, hoofdstuk 3.1.1.

80. Bovendien wijst de verwijzende rechter erop dat de overheidsopdrachten voor de verrichting van gezondheidszorgdiensten die het Departamento de Sanidad in het verleden heeft gegund, geen soortgelijk vereiste met betrekking tot de ligging van het gezondheidscentrum bevatten, en dat de juridische dienst van de aanbestedende instantie in zijn advies heeft aanbevolen om dat vereiste te schrappen, op grond dat het moeilijk verenigbaar is met het beginsel van gelijke behandeling van ondernemers.

81. Er dient aan te worden herinnerd dat de vaststelling van de feitelijke omstandigheden en het verrichten van een daarop gebaseerde evenredigheidstoets tot de bevoegdheden van de verwijzende rechter behoren.

82. De in de verwijzingsbeslissing beschreven omstandigheden wijzen evenwel erop dat het traject naar het ziekenhuis in de gemeente Erandio geen buitensporige problemen zou meebrengen voor de patiënten en het medische personeel. Deze omstandigheden brengen mij dus tot de conclusie dat het litigieuze vereiste onevenredig is.

83. Zoals de Commissie terecht stelt in haar schriftelijke opmerkingen, dient tevens te worden onderzocht of er maatregelen bestaan die de vrijheid van dienstverrichting minder beperken en de verwezenlijking van het nagestreefde doel mogelijk maken.

84. In de onderhavige zaak kan niet worden uitgesloten dat het door het Departamento de Sanidad en de Spaanse regering aangevoerde algemeen belang kan worden verzekerd door minder restrictieve maatregelen, bijvoorbeeld door het vereiste dat de diensten worden verricht in gezondheidscentra die door de patiënten en het medische personeel met het openbaar vervoer kunnen worden bereikt zonder buitensporige moeilijkheden. Een aldus vastgestelde technische specificatie zou ook voor het traject vanuit het centrum van Bilbao een richttijd kunnen omvatten die de aanbestedende dienst redelijk acht.

VI – **Conclusie**

85. Mitsdien geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vraag van de Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Bilbao (Spanje) te beantwoorden als volgt:

De artikelen 2 en 23, lid 2, van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten verzetten zich ertegen dat in de technische specificaties van een overheidsopdracht voor het verrichten van gezondheidszorgdiensten het vereiste wordt gesteld dat die diensten uitsluitend worden verricht in gezondheidscentra die zich op het grondgebied van een bepaalde gemeente bevinden, wanneer dit vereiste niet is gebaseerd op een objectieve beoordeling van de moeilijkheden die verband houden met het door de patiënten af te leggen traject, rekening houdend met de aard van de gezondheidszorgdiensten waarop de overheidsopdracht betrekking heeft.