Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MACIEJA SZPUNAR
föredraget den 11 juni 2015 [1]

Mål C-552/13

Grupo Hospitalario Quirón SA
mot
Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco
och
Instituto Religioso Siervas de Jesús de la Caridad

(begäran om förhandsavgörande framställd av Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 6 de Bilbao (Spanien))

”Begäran om förhandsavgörande — Förfaranden för offentlig upphandling — Direktiv 2004/18 — Artiklarna 2 och 23.2 — Principen om likabehandling av ekonomiska aktörer — Tillhandahållande av vårdtjänster — Kravet på att de inrättningar som tillhandahåller tjänsten enbart ska vara belägna inom kommunen”

I – **Inledning**

1. Frågan har uppkommit huruvida de tekniska specifikationerna i offentliga upphandlingar av vårdtjänster kan inbegripa ett krav på att de inrättningar som tillhandahåller tjänsterna enbart ska vara belägna inom kommunen och huruvida ett sådant krav kan vara motiverat av hänsyn till tillgången till och kvaliteten på vård.

2. Ovannämnda frågor ger uttryck för de tvivel som domstolen Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 6 de Bilbao (förvaltningsdomstol i första instans i Bilbao) hyser i fråga om två upphandlingsförfaranden som Baskiens regerings ministerium genomfört och som avser kontrakt för tillhandahållande av tjänster bestående i genomförande av kirurgiska ingrepp. Syftet med dessa kontrakt var att göra operationssalar som ligger i privata sjukhus tillgängliga för ingrepp som genomförs av läkare som är anställda vid offentliga vårdinrättningar för att förkorta väntetiden för ingrepp.

1 — Originalspråk: polska.

II – **Tillämpliga bestämmelser**

A – *Unionsrätt*

3. I artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster [2] med rubriken ”Principer för tilldelning av kontrakt” föreskrivs följande:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

4. I artikel 21 i samma direktiv föreskrivs följande: ”Kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II B omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4.”

5. I artikel 23.2 i direktiv 2004/18/EG anges följande:

”De tekniska specifikationerna skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.”

6. I bilaga II B till direktivet omnämns ”Hälsovård och socialtjänster” (punkt 25).

B – *Nationell rätt*

7. Artiklarna 2 och 23.2 i direktiv 2004/18 införlivades i spansk rätt genom artiklarna 101.2 och 123 i lag 30/2007, av den 30 oktober, om offentlig upphandling (Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). [3]

III – **Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan**

8. Målet vid den nationella domstolen avser två anbudsförfaranden avseende tjänster som tillhandahålls av sjukhuset i samband med ingrepp i form av allmänkirurgi, gastroenterologisk kirurgi, urologi, gynekologi, ortopedi, traumatologi, mindre kirurgiska operationer och ögonkirurgi. Dessa upphandlingar avser inte kirurgens tjänster. Kirurgen, som tillhör hälso- och vårdmyndigheten, ska förflytta sig till det kontraktsanslutna privata sjukhuset och genomföra det kirurgiska ingreppet.

9. Den 15 december 2010 godkände Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco (den baskiska regeringens ministerium för vårdfrågor, nedan kallat ministeriet för vårdfrågor) förfrågningsunderlaget avseende offentlig upphandling nr 21/2011 av tjänsten kirurgiska ingrepp för upptagningsområdet Vizcaya (upptagningsområdet för de offentliga sjukhusen Basurto och Galdakao). Kontraktets uppskattade värde uppgick till 5 841 041,84 euro.

10. Den 10 maj 2011 godkände ministeriet för vårdfrågor förfrågningsunderlaget avseende offentlig upphandling nr 50/2011 av tjänsten ögonkirurgi. Ärendet tilldelades referensnummer 50/2011. Tjänsten avsåg upptagningsområdet för det offentliga sjukhuset i Galdakao. Kontraktets uppskattade värde uppgick till 6 273 219,53 euro.

2 — EUT L 134, s. 114, i dess senaste lydelse enligt kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 (EUT L 314 s. 64).

3 — *Boletín Oficial del Estado* av den 31 oktober 2007.

11. Meddelandena om de båda upphandlingarna offentliggjordes i Boletín Oficial del País Vasco (Baskiens officiella tidning) den 31 januari 2011 och den 14 juni 2011. I punkt 2 d i vart och ett av meddelandena om upphandling angavs som villkor att tjänsten skulle tillhandahållas i Bilbao.

12. I de båda upphandlingarna innehåller del A i den tekniska specifikationen, med rubriken ”Struktur, utrustning och räckvidden av de tjänster som ska tillhandahålls av sjukhuset”, med avseende på minimikraven en punkt 2, med rubriken ”Placering”, som har följande innehåll:

”Med hänsyn till att det är nödvändigt att sådana tjänster tillhandahålls på ett rimligt avstånd från vårdtagarna och deras anhöriga, tillgången till allmänna kommunikationsmedel och restiden och även med hänsyn till behovet av att minska antalet resor för anställda vid sjukhus [som tillhör hälso- och vårdmyndigheten], ska vårdinrättningarna vara belägna inom Bilbao.”

13. Grupo Hospitalario Quirón S.A. innehar ett allmänsjukhus i kommunen Erandio. Det framgår av begäran om förhandsavgörande att sjukhuset uppfyller samtliga villkor i de tekniska specifikationerna, förutom att det inte ligger i Bilbaos kommun, utan i en grannkommun.

14. Den 13 september 2011 överklagade Grupo Hospitalario Quirón, S.A. det beslut som hade antagits av ministeriet för vårdfrågor i fråga om ovannämnda två offentliga upphandlingar vid Juzgado de lo Contencioso-Administrativo no 6 de Bilbao. Det yrkades bland annat att rätten skulle upphäva ovannämnda beslut och förplikta den upphandlande myndigheten att utlysa ett nytt anbudsförfarande, i vilket det inte skulle uppställas något villkor om att tjänsten ska tillhandahållas i Bilbao.

15. I de mål som förenades vid den hänskjutande domstolen inställde sig Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad, som innehar vårdinrättningen i Bilbao, i egenskap av motpart.

16. Grupo Hospitalario Quirón har till stöd för överklagandet gjort gällande att kravet på att de berörda tjänsterna undantagslöst måste tillhandahållas i inrättningar som ligger i Bilbao strider mot likhetsprincipen, rätten att fritt delta i anbudsförfaranden, principerna om icke-diskriminering och likabehandling av de anbudssökande samt mot principen om fri konkurrens. Grupo Hospitalario Quirón har med hänsyn till ovannämnda krav anfört att en mycket komplex materiell infrastruktur, som förutsätter stora och långvariga investeringar, oumbärligen måste finnas i Bilbao. Det skulle vara meningslöst att göra sådana investeringar enbart för att erbjuda den vård som är föremål för kontraktet. Sjukhus som ligger i Bilbao är således de enda ekonomiska aktörer som kan delta i upphandlingen.

17. Grupo Hospitalario Quirón har gjort gällande att ovannämnda krav är oberättigat, även med hänsyn till att förflyttningarna för patienter och kirurger som är anställda vid offentliga sjukhus i Basurto och Galdakao kan bli besvärliga, särskilt i fall som detta, där klaganden innehar ett sjukhus i en grannkommun till Bilbao.

18. Ministeriet för vårdfrågor har i sin svarsskrivelse anfört att det berörda kravet inte begränsar rätten för ekonomiska aktörer att fritt delta i upphandlingsförfarandet, eftersom det inte uppställs krav på att den ekonomiska aktören förfogar över inrättningar i Bilbao, utan enbart att den ekonomiska aktören har möjlighet att tillhandahålla tjänster inom en inrättning belägen i Bilbao om avtal ingås. Ministeriet för vårdfrågor har även gjort gällande att villkoret att tjänsten ska tillhandahållas i Bilbao är berättigat med hänsyn till de eventuella besvär som förflyttningar medför för patienter. Den omständigheten att det allmänna kommunikationsnätet i Bilbaos storstadsområde är stjärnformat säkerställer att inrättningarna kan nås med lätthet.

19. Den hänskjutande domstolen har påpekat att det inte kan uteslutas att villkoret utgör en otillåten begränsning av den fria konkurrensen vid upphandlingar. Den har påpekat att villkoret inte är nödvändigt i praktiken. Det är normalt bland vårdmyndigheter i Spanien att kontraktera offentliga vårdtjänster i inrättningar som är belägna i en kommun som inte utgör hemvisten för de förväntade vårdtagarna. Därutöver finns flera möjligheter att förflytta sig till sjukhuset Quirón från Bilbao med tunnelbana och buss och restiden med privata färdmedel uppgår i genomsnitt till 14 minuter.

20. Den hänskjutande domstolen anser att det för det första ska prövas huruvida det aktuella villkoret att tjänsten enbart får tillhandahållas inom Bilbao kan vara berättigat med hänsyn till föremålet för kontraktet, för det andra huruvida villkoret utgör en otillåten begränsning av den fria konkurrensen, eftersom det inte förefaller vara berättigat med hänsyn till tillgång till tjänsten för vårdtagare. Den hänskjutande domstolen har framför allt gjort gällande att det inte finns något objektivt skäl som rättfärdigar att den ekonomiska aktör som är innehavare av ett sjukhus som ligger i en grannkommun inte får delta i upphandlingsförfarandet, eftersom restiden till sjukhuset från vårdtagarnas hemvist är rimlig. Den hänskjutande domstolen har dessutom hänvisat till den omständigheten att tjänsten inte enbart avser vårdtagare med hemvist i Bilbaos kommun. Det kan enligt den hänskjutande domstolen således inte uteslutas att det berörda villkoret i de tekniska specifikationerna i upphandlingen åsidosätter artiklarna 2 och 23 i direktiv 2004/18.

21. Mot denna bakgrund beslutade Juzgado Contencioso-Administrativo no 6 de Bilbao att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Är det förenligt med unionsrätten att i ett offentligt upphandlingskontrakt för vårdtjänster uppställa som villkor att den vård som är föremål för kontraktet enbart får tillhandahållas i en viss kommun, vilken kan vara en annan än vårdtagarnas hemkommun?”

IV – **Förfarandet vid domstolen**

22. Begäran om förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 25 oktober 2013. Domstolen begärde ett klargörande av den hänskjutande domstolen vilket denna lämnade den 11 april 2014.

23. Motparterna i målet vid den nationella domstolen, den spanska regeringen och kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Ministeriet för vårdfrågor och den spanska regeringen framställde en begäran om muntlig förhandling. Vid förhandlingen som hölls den 20 april 2015 deltog Grupo Hospitalario Quirón, ministeriet för vårdfrågor och den spanska regeringen.

V – **Bedömning**

A – *Inledande anmärkningar*

24. Målet vid den nationella domstolen avser två förfaranden för offentlig upphandling avseende tillhandahållande av offentliga vårdtjänster. Av begäran om förhandsavgörande framgår att kontraktet omfattar tjänster som tillhandahålls av sjukhus i samband med kirurgiska ingrepp inom ramen för ett samarbete mellan offentliga och privata sjukhus som syftar till att minska köerna inom den offentliga sjukvården för vårdtagare. Kontrakten avser inte kirurgens tjänster. Ingreppen ska genomföras av läkare som är anställda vid offentliga sjukhus och som ska förflytta sig till det kontraktsanslutna privata sjukhuset.

25. Av begäran om förhandsavgörande framgår inte uttryckligen huruvida nämnda anbudsförfaranden avser offentlig upphandling av tjänster eller upphandling av tjänstekoncessioner vilka inte omfattas av direktiv 2004/18. [4]

26. Av de kompletterande klargöranden som lämnats av den hänskjutande domstolen på begäran av domstolen och av parterna i målet framgår emellertid att målet vid den nationella domstolen avser offentlig upphandling av tjänster som omfattas av ovannämnda direktiv.

27. Av ovannämnda klargöranden framgår att den kontraktanslutna ekonomiska aktören erhåller ersättning för tjänsten direkt av den upphandlande myndigheten och inte står för en väsentlig del av den ekonomiska risk som ett tillhandahållande av tjänsten innebär. [5] Såsom ministeriet för vårdfrågor anfört under förhandlingen fortsätter den offentliga sektorn att ansvara för eventuella skador som vårdtagarna vållas i samband med ingreppet. Den spanska regeringen har på motsvarande sätt i sitt skriftliga yttrande påpekat att det även av de bestämmelser i den nationella lagstiftning som angavs i anbudsinfordran framgår att ovannämnda upphandling ska betecknas som upphandling av tillhandahållande av tjänster.

28. Det uppskattade värdet av vart och ett av kontrakten överstiger avsevärt de tröskelvärden som anges i artikel 7 i direktiv 2004/18.

29. Av dessa omständigheter, som det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa, framgår uttryckligen att direktiv 2004/18 är tillämpligt.

30. Det ska emellertid noteras att principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt i fråga om tillhandahållande av tjänster som är föremål för nedanstående överväganden även är tillämplig på kontrakt som tilldelats i form av tjänstekoncessioner.

31. Även om tilldelning av tjänstekoncessioner, på unionsrättens nuvarande stadium, inte omfattas av direktiv 2004/18, är de offentliga myndigheterna – under förutsättning att kontraktet har ett tydligt gränsöverskridande inslag – ändå skyldiga att iaktta EUF-fördragets grundläggande bestämmelser, särskilt artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF. [6] Såsom den spanska regeringen anfört i sitt skriftliga yttrande är det i förevarande fall för övrigt sannolikt att kontrakten kan ha ett gränsöverskridande intresse med hänsyn till det högt uppskattade värdet och Baskiens geografiska läge.

32. Tjänster som tillhandahålls inom ramen för ett offentligt sjukvårdssystem, såsom de som är föremål för anbudsinfordran, har utan tvekan grundläggande samhällelig betydelse.

33. Det framgår såväl av artikel 168.7 FEUF som av domstolens rättspraxis att unionsrätten inte påverkar medlemsstaternas befogenhet att själva organisera sina offentliga sjukvårdssystem. [7]

4 — Se artiklarna 1 punkt 14 och 17 i direktiv 2004/18.

5 — Se, för ett liknande resonemang, dom Contse m.fl., C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 22, dom Eurawasser, C-206/08, EU:C:2009:540, punkterna 66 och 67, och dom Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punkt 37.

6 — Dom Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, punkt 16, och dom Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, EU:C:2011:130, punkt 49. Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (EUT L 94, s. 1) är inte tillämplig i förevarande mål, varken med hänsyn till fristen för införlivande eller med hänsyn till övergångsbestämmelserna i artikel 54.2 i direktivet.

7 — Se dom Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl, C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 55 och där angiven rättspraxis.

34. Vid utövandet av denna behörighet får medlemsstaterna emellertid inte införa eller bibehålla obefogade inskränkningar av de grundläggande friheterna på den inre marknaden. Vid bedömningen av huruvida detta förbud iakttas ska det beaktas att människors liv och hälsa ges högsta prioritet bland de värden och intressen som skyddas genom fördraget och att det ankommer på medlemsstaterna, vilka har ett utrymme för skönsmässig bedömning, att fastställa på vilken nivå de vill säkerställa skyddet för folkhälsan och på vilket sätt denna nivå ska uppnås. [8]

35. För övrigt är hälso- och sjukvårdssystemen organiserade på ett mycket varierande sätt i de olika medlemsstaterna och den gränsöverskridande dimensionen hos de tjänster som tillhandahålls inom dessa system är av begränsad karaktär.

36. Unionslagstiftaren beaktade dessa omständigheter när den anförde att ”hälso- och sjukvårdstjänster” är hänförliga till den kategori av oprioriterade tjänster som omnämns i bilaga II B till direktiv 2004/18. [9]

37. Unionslagstiftaren utgick från att denna typ av tjänster vid första anblicken inte har ett gränsöverskridande intresse och därför inte fullt ut omfattas av direktivet. [10]

38. Enligt artikel 21 i direktiv 2004/18 omfattas tjänster som är förtecknade i bilaga II B, således även ”hälsovård och socialtjänster”, endast av bestämmelserna i artiklarna 23 och 35.4 i direktivet.

39. Det följer emellertid av domstolens rättspraxis att artikel 21 i direktiv 2004/18 inte innebär att de allmänna bestämmelserna och slutbestämmelserna i direktivet, däribland artikel 2 som har åberopats i tolkningsfrågan, inte kan tillämpas. [11]

B – *Begränsningen av de ekonomiska aktörernas tillträde till upphandlingsförfarandena i ljuset av artiklarna 2 och 23.2 i direktiv 2004/18*

40. Det ska påpekas att såväl artikel 2 som artikel 23.2 i direktiv 2004/18 är ett uttryck för principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas lika, vilken även är en allmän princip som följer av de grundläggande friheterna på den inre marknaden som bland annat anges i artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF. Domstolens praxis avseende tolkningen av de grundläggande friheterna på den inre marknaden är därför av betydelse vid tolkningen av ovannämnda direktivbestämmelser.

41. Vid prövningen av förevarande mål i enlighet med ovannämnda rättspraxis ska det emellertid beaktas att direktiv 2004/18 utvidgar tillämpningsområdet för principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt till att även omfatta för medlemsstaterna inhemska situationer. Eftersom det här rör sig om ett harmoniserat unionsrättsligt område, krävs för tillämpningen av de principer som fastställs i direktiv 2004/18 inte nödvändigtvis att något gränsöverskridande inslag föreligger.

8 — Se dom Azienda sanitaria locale n. 5 ”Spezzino” m.fl, C-113/13, EU:C:2014:2440, punkt 55 och där angiven rättspraxis..

9 — Även parlamentets och rådets nya direktiv2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (artikel 74 och bilaga XIV), som inte är tillämplig i tiden (ratione temporis) i förevarande mål, och, med avseende på tilldelning av koncessioner, direktiv 2014/23 (artikel 19 och bilaga IV) innehåller en specialreglering för hälso- och sjukvårdstjänster.

10 — Dom kommissionen/Irland (C-507/03, EU:C:2007:676, punkt 25). Denna fråga har likaså granskats i doktrinen. Se Sołtysińska, A., *Europejskie prawo zamówień publicznych*, LEX Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 167.

11 — Se, för ett liknande resonemang, dom Contse m.fl., C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 47.

42. Enligt den allmänna principen i artikel 2 i direktiv 2004/18 ska upphandlande myndigheter behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt. Dessa principer är av grundläggande betydelse vad gäller de tekniska specifikationerna, mot bakgrund av den risk för diskriminering som är förenad med valet av dessa specifikationer eller med hur de formuleras. [12]

43. I artikel 23.2 i direktiv 2004/18, i vilken det anges hur de tekniska specifikationerna ska utformas och hur villkoren i dessa ska definieras av den upphandlande myndigheten, föreskrivs således att de tekniska specifikationerna ska tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och att de inte får innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

44. I förevarande mål är det utrett att kravet på innehav av vårdinrättning i Bilbao i de tekniska specifikationerna i de båda omtvistade upphandlingarna kan försvåra tillträdet till upphandlingen för potentiella ekonomiska aktörer som inte innehar en sådan inrättning.

45. Ovannämnda krav försvårar ett sådant tillträde, trots att det inte är utformat som ett kriterium för kvalificering av ekonomiska aktörer och ett innehav av en sådan inrättning enbart är oumbärlig vid genomförandet av kontraktet.

46. Jag är på denna punkt inte av samma uppfattning som ministeriet för vårdfrågor som, med hänvisning till domen i målet Contse m.fl. [13], har anfört att kravet på att anbudsgivaren ska inneha en inrättning på den plats där tjänsten tillhandahålls inte begränsar tillträdet till anbudsförfarandet om det utformas som ett villkor för genomförande av kontraktet.

47. Det ska erinras om att domen i målet Contse m.fl. [14] avsåg det krav på att inneha en lokal i den aktuella provinsen som hade uppställts för deltagande i ett upphandlingsförfarande avseende hemrespiratorbehandlingar. Villkoret som var tillämpligt vid tidpunkten för anbudets avgivande utgjorde ett kriterium för kvalificering och skulle förmodligen inte ha varit problematiskt om det hade krävts att det skulle vara uppfyllt först vid tidpunkten för tillhandahållandet av tjänsten.

48. Av ovannämnda dom framgår dock uttryckligen att kravet på att inneha en lokal i den aktuella provinsen inte krävde någon större investering och att det även med hänsyn till dess karaktär var lätt att uppfylla kravet när som helst. Det förhåller sig annorlunda i förevarande fall, eftersom det, såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, krävs stora och tidskrävande investeringar för att skapa en sjukvårdsinfrastruktur i Bilbao, vilket förmodligen inte skulle löna sig med hänsyn till den begränsade omfattningen av de tjänster som anbudsförfarandet avser.

49. Med hänsyn till det krav som är omtvistat i målet vid den nationella domstolen förutsätter ett deltagande i anbudsförfarandet att den ekonomiska aktören åtar sig att genomföra de investeringar som krävs för att tillhandahålla tjänster i inrättningar som ligger i Bilbao.

50. För övrigt kan kravet på att inneha en inrättning i nämnda kommun utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva friheten att tillhandahålla tjänster, såsom den garanteras i fördraget, trots att kravet endast avser kontraktets genomförandeskede.

51. Mot bakgrund av vad som anförts ovan begränsar det omtvistade kravet utan tvekan de ekonomiska aktörernas tillträde till upphandlingsförfarandena i den mening som avses i artiklarna 2 och 23.2 i direktiv 2004/18.

12 — Dom kommissionen/Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 62.

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

14 — Idem, punkterna 55–57.

C – *Motivering av hänsyn till allmänintresset*

52. Det ska i det följande undersökas huruvida kravet är motiverat av tvingande krav av allmänintresse och om det är förenligt med proportionalitetsprincipen.

53. Om det omtvistade kravet utgör en tillåten inskränkning ska det i enlighet med de principer som utvecklats i domstolens rättspraxis avseende begränsningar av utövandet av de grundläggande friheterna på den inre marknaden även fastställas att det är förenligt med artiklarna 2 och 23.2 i direktiv 2004/18. Det är enligt dessa bestämmelser förbjudet att skapa ”omotiverade hinder” mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

54. Av domstolens rättspraxis framgår att de kriterier som tillämpas vid tilldelningen av offentliga kontrakt ska vara förenliga med principen om icke-diskriminering som följer av fördragets bestämmelser om friheten att tillhandahålla tjänster. Dessutom kan eventuella begränsningar i friheten att tillhandahålla tjänster vara motiverade om de överensstämmer med villkor som framgår av rättspraxis avseende denna frihet. [15]

55. Nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna ska uppfylla fyra krav för att anses vara förenliga med artiklarna 49 FEUF och 56 FEUF. De ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska framstå som motiverade med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, de ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. [16]

56. Svarandena i målet vid den nationella domstolen och den spanska regeringen har som motivering för det omtvistade kravet gjort gällande behovet av att säkerställa att den offentliga hälso- och sjukvården håller hög kvalitet och är tillförlitlig.

57. Den spanska regeringen har gjort gällande att de angripna förfarandena syftar till att stödja den offentliga sjuk- och hälsovården i fråga om kirurgiska ingrepp. Eftersom det rör sig om en väsentlig allmännyttig tjänst som tillhandahålls av den baskiska regeringen är det inte förvånande att regeringen av skäl av allmänintresse beslutat sig för att sluta avtal med en privat aktör som innehar ett sjukhus i Bilbao där ett stort antal av invånarna i provinsen Vizcaya bor. Hänsyn till kvaliteten och tillförlitligheten vad gäller sjuk- och hälsovårdstjänster som tillhandahålls för myndigheternas räkning bör räcka för att motivera en sådan begränsning av friheter som garanteras i fördraget.

58. Ministeriet för vårdfrågor har motiverat ovannämnda krav med att förflyttningar av kirurger och patienter och deras anhöriga kan bli besvärliga samt hänvisat till att det allmänna kommunikationsnätet i Bilbaos storstadsområde är stjärnformat och att det finns direkta kollektivtrafikförbindelser mellan Bilbao och andra orter i provinsen. Det ankommer på den offentliga hälso- och sjukvården att förlägga vårdinrättningar till platser som är mest fördelaktiga för patienterna.

59. Ministeriet för vårdfrågor har för övrigt hänvisat till den geografiska uppdelning som gjorts på området för tillhandahållande av offentlig hälso- och sjukvård. Denna uppdelning bör även bibehållas när offentliga tjänster utförs med stöd av privata vårdinrättningar som tilldelats kontrakt. När det gäller de tekniska specifikationerna i sådana upphandlingar utgör platsen för tillhandahållande av tjänsten i det aktuella vårdupptagningsområdet ett viktigt krav för tillhandahållande av tjänster som

15 — Ibidem, punkt 49.

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

stödjer offentliga tjänster. Ministeriet för vårdfrågor har anfört att sjukhuset som tillhör Grupo Hospitalario Quirón ligger i Erandio, och för övrigt i en kommun som tillhör ett annat vårdupptagningsområde än sjukhusen i Basurto och Galdakao. Kommunen Erandio ligger inom Cruces vårdupptagningsområde som inte berörs av de omtvistade anbudsförfarandena.

60. Dessa argument är inte övertygande enligt min uppfattning.

61. Vad gäller de argument som ministeriet för vårdfrågor framfört avseende den geografiska uppdelningen av den offentliga hälso- och sjukvården ska det erinras om att medlemsstaterna enligt domstolens fasta rättspraxis inte kan motivera inskränkningar av en grundläggande frihet genom att göra gällande hänsyn av administrativ karaktär. [17]

62. I förevarande mål utgör således inte hänvisningen till den geografiska uppdelningen av den offentliga hälso- och sjukvården som fastställts av den offentliga förvaltningen ett tillräckligt skäl för att motivera begränsningen avseende platsen för tillhandahållande av de tjänster som är föremål för anbudsförfarandet. En sådan motivering bör grunda sig på faktiska praktiska svårigheter som kräver att den aktuella tjänsten tillhandahålls i hälso- och sjukvårdsinrättningar som är belägna i Bilbao.

63. På motsvarande sätt anser jag inte heller att det argument som ministeriet för vårdfrågor har anfört enligt vilket det, om anbudsförfarandet skulle utvidgas till att omfatta inrättningar i andra kommuner, kan visa sig vara onödigt att ingå avtal med privata aktörer, eftersom motsvarande ingrepp skulle kunna genomföras på ett offentligt sjukhus som tillhör ett annat upptagningsområde, till exempel sjukhuset i Cruces, som inte berörs av de omtvistade anbudsförfarandena, är övertygande.

64. Unionsrätten utgör inte ett hinder mot att ministeriet för vårdfrågor erhåller stöd från det offentliga sjukhus som befinner sig i en annan kommun inom provinsen. En offentlig myndighet har möjlighet att med egna medel utföra de uppgifter av allmänintresse som åligger den, utan att behöva vända sig till enheter utanför sin organisation, och kan även göra detta i samarbete med andra offentliga myndigheter. [18]

65. Eftersom myndigheten emellertid har beslutat att det är nödvändigt att ingå avtal med en privat aktör genom ett anbudsförfarande kan den inte utesluta en anbudsgivare enbart med hänvisning till den administrativa geografiska uppdelningen av de offentliga sjukhusens verksamhet.

66. När det rör sig om sådana hänsyn till det offentliga sjukvårdssystemets tillförligtighet och kvalitet som den spanska regeringen har åberopat ska det likväl noteras att ovannämnda hänsyn utan tvekan utgör krav som skulle kunna motivera en begränsning av friheten att tillhandahålla tjänster.

67. Enligt domstolens fasta rättspraxis kan målsättningen att upprätthålla en väl avvägd läkar- och sjukhusvård av hög kvalitet som är tillgänglig för alla omfattas av undantagen i artikel 52 FEUF, i den mån målsättningen bidrar till att säkerställa en hög nivå vad avser hälsoskyddet. [19]

68. Placeringen av vårdinrättningar i förhållande till de förväntade vårdtagarnas hemvist utgör utan tvekan en viktig del av vårdtjänsten. Behovet av att förflytta sig medför ytterligare kostnader och i nödsituationer även en hälsorisk för vårdtagaren och svårigheter för anhöriga, och i förevarande mål även nackdelar till följd av att vårdpersonal som är anställd vid offentliga sjukhus måste förflytta sig till det privata sjukhus där ingreppet ska göras.

17 — Dom kommissionen/Österrike, C-356/08, EU:C:2009:401, punkt 46 och där angiven rättspraxis.

18 — Domen kommissionen/Tyskland, C-480/06, EU:C:2009:357, punkt 45.

19 — Se, bland annat, dom Kohll, C-158/96, EU:C:1998:171, punkterna 50 och 51, och dom Smits och Peerbooms, C-157/99, EU:C:2001:404, punkterna 73 och 74.

69. Enligt min mening kan ovannämnda omständigheter utan tvekan motivera begränsningen av det geografiska området för tillhandahållande av de vårdtjänster som är föremål för anbudsförfarandena.

70. Begränsningen av platsen för tillhandahållande av tjänsterna bör dock vara förenlig med proportionalitetsprincipen och således vara ägnad att säkerställa att det mål som eftersträvas med begränsningen uppnås och inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. [20]

71. För att begränsningen vad gäller platsen för inrättningen ska kunna säkerställa att det eftersträvade målet, vilket avser tillträdet till och kvaliteten på hälso- och sjukvården, uppfylls kan den inte enbart grundas på den administrativa geografiska uppdelningen. Vid denna uppdelning beaktas nämligen som regel inte särskilda förhållanden som platsen för vårdinrättningen eller vårdtagarnas hemvist.

72. Vid bestämmandet av platsen för tillhandahållande av tjänster ska de olägenheter som ett avstånd mellan vårdinrättningen och vårdtagarnas hemvist medför bedömas objektivt.

73. Det ska även framhållas att avståndet till vårdinrättningen kan ha varierande betydelse beroende på tillhandahållandets natur. Avståndet är utan tvekan av grundläggande betydelse vid brådskande ingrepp. Vid planerade ingrepp utgör praktiska svårigheter vad gäller restiden inte ett lika viktigt villkor för tillhandahållandet av vårdtjänsten.

74. Enligt min uppfattning är det aktuella kravet oproportionerligt, eftersom det förutsätts att tjänsten tillhandahålls inom kommunen Bilbao såsom den avgränsas för förvaltningsändamål. Kravet grundar sig inte på en objektiv bedömning av de besvär som en förflyttning till inrättningen kan föranleda, och beaktar inte heller karaktären av de vårdtjänster som är föremål för anbudsförfarandet.

75. Den omständigheten att de åsyftade vårdtagarna, såsom den hänskjutande domstolen har anfört, inte enbart är bosatta i Bilbao, utan även i grannkommunerna, och, i fråga om ett av kontrakten, ett av de offentliga sjukhus som utnyttjar stöd från privata inrättningar är sjukhuset i Galdakao, som ligger utanför kommunen Bilbao, tyder också på att nämnda krav är oproportionerligt.

76. Ministeriet för vårdfrågor och den spanska regeringen har gjort gällande att Bilbao angetts som plats för tillhandahållande av tjänsterna av det skälet att man utgått från att denna stad utgör knytpunkten för allmänna kommunikationsmedel, vilket möjliggör en enkel förflyttning från andra orter i provinsen.

77. Enligt min mening är detta argument emellertid inte i sig tillräckligt för att det aktuella kravet i målet vid den nationella domstolen ska anses vara proportionerligt.

78. Det kan för det första inte uteslutas att en förflyttning från Bilbaos centrum till ett privat sjukhus som befinner sig inom staden medför liknande svårigheter som en förflyttning till ett sjukhus som befinner sig i en grannkommun.

79. För det andra framgår det av den hänskjutande domstolens begäran om förhandsavgörande att restiden från Bilbaos centrum till det sjukhus som innehas av klaganden som befinner sig i grannkommunen inte innebär någon större olägenhet. Av de svar som parterna lämnat under förhandlingen framgår också att kontrakten omfattar vårdtjänster som inbegriper planerade ingrepp.

20 — Dom kommissionen/Spanien, C-158/03, EU:C:2005:642, punkt 70, och dom Contse m.fl. C-234/03, EU:C:2005:644, punkt 41. Det ska erinras om att proportionalitetstestet har en nyckelroll vid prövningen av om medlemsstaternas verksamhet som innebär en begränsning av friheterna på den inre marknaden är laglig, se Frąckowiak-Adamska, A., Zasada proporcjonalności jako gwarancja swobód rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej, Warszawa, Wolters Kluwer 2009, kapitel 3.1.1.

80. Den hänskjutande domstolen har dessutom anfört att de offentliga kontrakt för tillhandahållande av vårdtjänster som tidigare tilldelats av ministeriet för vårdfrågor inte innehöll något liknande krav vad gäller platsen för inrättningen. Den upphandlande myndighetens juridiska avdelning har anfört att kravet ska tas bort då det är svårt att förena kravet med principen om att ekonomiska aktörer ska behandlas på ett likartat sätt.

81. Det ska erinras om att det ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa de faktiska omständigheterna och att på grundval därav göra en prövning av proportionaliteten.

82. De omständigheter som har anförts i den hänskjutande domstolens beslut tyder dock på att förflyttningen till sjukhuset i kommunen Erandio inte skulle innebära orimliga svårigheter för vare sig vårdtagare eller vårdpersonal. Av dessa omständigheter kan således slutsatsen dras att det aktuella kravet inte är proportionerligt.

83. Såsom kommissionen har anfört i sitt skriftliga yttrande ska det dessutom prövas huruvida det finns åtgärder som i mindre utsträckning inskränker friheten att tillhandahålla tjänster och gör det möjligt att uppnå det eftersträvade målet.

84. Det kan i förevarande mål inte uteslutas att det allmänintresse som ministeriet för vårdfrågor och den spanska regeringen har gjort gällande kan säkerställas genom mindre restriktiva åtgärder, till exempel genom ett krav på att tjänsten ska tillhandahållas i sådana vårdinrättningar till vilka det inte skulle vara orimligt svårt för vårdtagare och vårdpersonal att förflytta sig med hjälp av allmänna kommunikationsmedel. En teknisk specifikation som definierats på så sätt skulle även kunna inbegripa en angivelse av den tid för förflyttningen från Bilbaos centrum som den upphandlande myndigheten anser vara rimlig.

VI – **Förslag till avgörande**

85. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen besvarar den tolkningsfråga som ställts av Juzgado de lo Contencioso Administrativo no 6 de Bilbao (Spanien) på följande sätt:

Artiklarna 2 och 23.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster utgör hinder mot att de tekniska specifikationerna i en offentlig upphandling avseende tillhandahållande av vårdtjänster uppställer som villkor att tjänsterna enbart får tillhandahållas i vårdinrättningar som ligger inom den angivna kommunen, när detta villkor inte grundar sig på en objektiv bedömning av de besvär som förflyttningen av vårdtagare medför, med beaktande av karaktären av de vårdtjänster som är föremål för upphandlingen.