Oikeustapauskokoelma

UNIONIN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (viides jaosto)

2 päivänä kesäkuuta 2016*

Ennakkoratkaisupyyntö — Julkiset hankinnat — Direktiivi 2004/18/EY — 1 artiklan 2 kohdan a alakohta — Käsite ”julkisia hankintoja koskeva sopimus” — Tavaranhankintajärjestelmä, jossa hyväksytään tavarantoimittajaksi jokainen talouden toimija, joka täyttää ennalta vahvistetut edellytykset — Yleisessä sosiaaliturvajärjestelmässä korvattavien lääkkeiden toimittaminen — Sairaskassan ja kaikkien sellaisten tiettyä aktiivista ainetta sisältävien lääkkeiden toimittajien välillä tehdyt sopimukset, jotka suostuvat antamaan myyntihinnasta ennalta määritellyn alennuksen — Lainsäädäntö, jonka mukaan korvauskelpoinen lääke, jota myy toimija, joka ei ole tehnyt tällaista sopimusta, vaihdetaan lähtökohtaisesti samankaltaiseen lääkkeeseen, jota myy tällaisen sopimuksen tehnyt toimija

Asiassa C-410/14,

jossa on kyse SEUT 267 artiklaan perustuvasta ennakkoratkaisupyynnöstä, jonka Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfin ylempi alueellinen tuomioistuin, Saksa) on esittänyt 13.8.2014 tekemällään päätöksellä, joka on saapunut unionin tuomioistuimeen 29.8.2014, saadakseen ennakkoratkaisun asiassa

Dr. Falk Pharma GmbH

vastaan

DAK-Gesundheit,

Kohlpharma GmbH:n

osallistuessa asian käsittelyyn,

UNIONIN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: neljännen jaoston puheenjohtaja T. von Danwitz, joka hoitaa viidennen jaoston puheenjohtajan tehtäviä, sekä tuomarit D. Šváby (esittelevä tuomari), A. Rosas, E. Juhász ja C. Vajda,

julkisasiamies: P. Cruz Villalón,

kirjaaja: A. Calot Escobar,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä esitetyn,

ottaen huomioon huomautukset, jotka sille ovat esittäneet

— Dr. Falk Pharma GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt M. Ulshöfer,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

— DAK-Gesundheit, edustajanaan Rechtsanwalt A. Csaki,

— Kohlpharma GmbH, edustajanaan Rechtsanwalt C. Stumpf,

— Saksan hallitus, asiamiehinään T. Henze ja A. Lippstreu,

— Kreikan hallitus, asiamiehinään K. Nasopoulou ja S. Lekkou,

— Ruotsin hallitus, asiamiehinään A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg ja F. Sjövall,

— Euroopan komissio, asiamiehinään C. Hermes ja A. Tokár,

päätettyään julkisasiamiestä kuultuaan ratkaista asian ilman ratkaisuehdotusta,

on antanut seuraavan

tuomion

1 Ennakkoratkaisupyyntö koskee julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY (EUVL 2004, L 134, s. 114 ja oikaisu EUVL 2004, L 351, s. 44) 1 artiklan 2 kohdan a alakohdan tulkintaa.

2 Tämä pyyntö on esitetty asiassa, jossa asianosaisina ovat Dr. Falk Pharma GmbH (jäljempänä Falk) ja sairaskassa DAK-Gesundheit (jäljempänä DAK), Kohlpharma GmbH:n osallistuessa käsittelyyn, ja joka koskee menettelyä, jonka DAK on pannut vireille tehdäkseen hinnanalennussopimuksia sellaisten yritysten kanssa, jotka myyvät lääkettä, jonka vaikuttava aine on mesalazin, ja joka on johtanut hinnanalennussopimuksen tekemiseen Kohlpharman kanssa.

Asiaa koskevat oikeussäännöt

Euroopan unionin oikeus

3 Direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisessa ja kolmannessa perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”(2) Jäsenvaltioissa valtion, paikallisten yhteisöjen ja muiden julkisoikeudellisten laitosten puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta. Tietyn arvon ylittävien julkisten hankintojen osalta on kuitenkin suotavaa laatia säännökset, joiden mukaan näitä sopimuksia koskevat kansalliset sopimuksentekomenettelyt sovitetaan yhteisössä yhteen ja jotka perustuvat edellä mainittuihin periaatteisiin, jotta voidaan varmistaa niiden vaikutus ja taata julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle. Näitä yhteensovittamista koskevia säännöksiä olisi siten tulkittava edellä mainittujen sääntöjen ja periaatteiden sekä perustamissopimuksen muiden määräysten mukaisesti.

(3) Näissä yhteensovittamista koskevissa säännöksissä olisi noudatettava niin suuressa määrin kuin mahdollista kussakin jäsenvaltioissa voimassa olevia menettelyjä ja käytäntöjä.”

4 Tämän direktiivin johdanto-osan 11 perustelukappaleessa todetaan seuraavaa:

”Olisi sovittava puitejärjestelyjä koskevasta yhteisön määritelmästä sekä tämän direktiivin soveltamisalaan kuuluvista hankintasopimuksista tehtyjä puitejärjestelyjä koskevista erityissäännöistä. Kun hankintaviranomainen sopii tämän direktiivin säännösten mukaisesti puitejärjestelystä, joka liittyy muun muassa tarjousten julkistamiseen, määräaikoihin ja tarjousten jättämistä koskeviin ehtoihin, se voi näiden erityissääntöjen mukaan puitejärjestelyn voimassa ollessa tehdä siihen perustuvia hankintasopimuksia joko soveltamalla puitejärjestelyssä sovittuja ehtoja tai, jos kaikkia ehtoja ei ole siinä ennalta vahvistettu, kilpailutettuaan sitä ennen uudelleen puitejärjestelyn osapuolia vahvistamattomien ehtojen osalta. – –”

5 Direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa säädetään, että ”’julkisia hankintoja koskevilla sopimuksilla’ tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä ja joiden tarkoituksena on tässä direktiivissä tarkoitettu rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen”.

6 1 artiklan 5 kohdassa määritellään käsite ”puitejärjestely” seuraavasti:

”’Puitejärjestelyllä’ tarkoitetaan yhden tai useamman hankintaviranomaisen ja yhden tai useamman taloudellisen toimijan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot erityisesti hintojen ja tarvittaessa ennakoitujen määrien osalta.”

7 Kyseisen direktiivin 2 artiklassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita yhdenvertaisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti.”

8 Direktiivin 2004/18 32 artiklassa säädetään seuraavaa:

”– –

2. Tehdäkseen puitejärjestelyn hankintaviranomaisen on noudatettava kaikissa menettelyn vaiheissa tässä direktiivissä tarkoitettuja sääntöjä puitejärjestelyyn perustuvien hankintasopimusten tekemiseen saakka. Puitejärjestelyn osapuolet valitaan 53 artiklan mukaisesti laadittuja hankintasopimuksen tekoperusteita soveltaen.

Puitejärjestelyyn perustuvat hankintasopimukset tehdään 3 ja 4 kohdassa säädettyjä menettelyjä noudattaen. Menettelyjä noudatetaan ainoastaan niiden hankintaviranomaisten ja taloudellisten toimijoiden välillä, jotka ovat puitejärjestelyn alkuperäisiä osapuolia.

– –

4. Jos puitejärjestely tehdään usean talouden toimijan kanssa, näitä on oltava vähintään kolme edellyttäen, että valintaperusteet täyttäviä talouden toimijoita ja/tai sopimuksentekoperusteet täyttäviä tarjouksia on riittävä määrä.

Useiden talouden toimijoiden kanssa tehtyihin puitejärjestelyihin perustuvat hankintasopimukset voidaan tehdä:

— puitejärjestelyssä vahvistetuin ehdoin ilman kilpailuttamista tai,

— jos kaikkia ehtoja ei ole järjestelyssä vahvistettu, sen jälkeen kun osapuolia on uudelleen kilpailutettu samoin ehdoin, jotka määritellään tarvittaessa yksityiskohtaisesti, ja tarvittaessa lisäksi puitejärjestelyn tarjouspyyntöasiakirjoissa esitetyin ehdoin, seuraavaa menettelyä noudattaen:

– –”

9 Saman direktiivin 43 artiklan ensimmäisessä kohdassa säädetään seuraavaa:

”Hankintaviranomaisten on laadittava jokaisesta hankintasopimuksesta, puitejärjestelystä ja dynaamisen hankintajärjestelmän perustamisesta kirjallinen selvitys, josta on ilmettävä ainakin:

– –

e) sopimuspuoleksi valitun tarjoajan nimi, tämän tarjouksen valinnan perustelut ja, jos tiedossa, se osuus sopimuksesta tai puitejärjestelystä, jonka sopimuspuoleksi valittu tarjoaja mahdollisesti aikoo antaa alihankintana kolmansille;

– –”

10 Julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18 kumoamisesta 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/24/EU (EUVL 2014, L 94, s. 65), jonka 90 artiklan 1 kohdan mukaan sen täytäntöönpanotoimien on tultava voimaan viimeistään 18.4.2016, 1 artiklan 2 kohdassa määritellään hankinta seuraavasti:

”Tässä direktiivissä tarkoitettua hankintaa on hankintasopimuksen avulla tapahtuva rakennusurakoiden, tavaroiden tai palvelujen hankinta, jonka yksi tai useampi hankintaviranomainen tekee valitsemiltaan talouden toimijoilta, riippumatta siitä, onko kyseiset rakennusurakat, tavarat tai palvelut tarkoitettu julkiseen käyttöön.”

Kansallinen lainsäädäntö

11 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherungin (sosiaaliturvalaki, viides kirja – lakisääteinen sairausvakuutusjärjestelmä, jäljempänä SGB V) 129 §:n 1 momentin nojalla farmaseuttien on toimittaessaan lääkkeen, jonka määräyksessä on ilmoitettu sen vaikuttava aine ja jonka määrännyt lääkäri ei ole sulkenut pois sen vaihtamista lääkkeeseen, jonka vaikuttava aine on sama, vaihdettava määrätty lääke lääkkeeseen, jonka vaikuttava aine on sama ja josta on tehty SGB V:n 130 a §:n 8 momentissa tarkoitettu alennussopimus.

12 Viimeksi mainitun säännöksen mukaan sairaskassat tai niiden ryhmittymät voivat tehdä lääkeyritysten kanssa kahden vuoden pituisia sopimuksia näiden kassojen laskuun toimitettavien lääkkeiden myyntihintojen alennuksista.

Pääasia ja ennakkoratkaisukysymykset

13 DAK julkaisi 28.8.2013 Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa ”hyväksymismenettelyyn” liittyvän ilmoituksen tehdäkseen SGB V:n 130a §:n 8 momentin mukaisia alennussopimuksia lääkkeistä, joiden vaikuttava aine on mesalazin. Alennuksen määrä vahvistettiin 15 prosentiksi tehtaalla-hinnasta ja kyseinen ajanjakso oli 1.10.2013–30.9.2015.

14 Tässä menettelyssä säädettiin kaikkien hyväksymiskriteerit täyttävien kiinnostuneiden yritysten hyväksymisestä ja siitä, että niiden kaikkien kanssa tehtäisiin identtiset sopimukset, joiden sanamuoto oli ennalta määritelty eikä se ollut neuvoteltavissa. Lisäksi kaikilla muilla nämä kriteerit täyttävillä yrityksillä oli vielä mahdollisuus liittyä samoilla edellytyksillä alennussopimusten järjestelmään sen voimassaoloaikana.

15 Lausunnossa, joka on päivätty 28.8.2013, todettiin, ettei mainittuun menettelyyn sovelleta julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä.

16 Kohlpharma oli ainoa yhtiö, joka ilmoitti kiinnostuksensa tämän ilmoituksen johdosta. Tämän yrityksen kanssa tehtiin sopimus 5.12.2013. SGB V:n 129 §:n 1 momentissa säädetty vaihtomekanismi pantiin täytäntöön apteekkien käyttämässä tietokonejärjestelmässä 1.1.2014 alkaen. Tämän sopimuksen tekemisestä julkaistiin tiedonanto virallisessa lehdessä seuraavan helmikuun 22 päivänä.

17 Falk teki 17.1.2014 Vergabekammer des Bundesille (liittovaltion hankinta-asioissa toimivaltainen muutoksenhakuelin, Saksa) valituksen, jonka tarkoituksena oli todeta, että DAK:n vireille panema hyväksymismenettely ja siitä seurannut ainoa sopimus eivät olleet julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön mukaisia. Oberlandesgericht Düsseldorf (ylempi alueellinen tuomioistuin, Düsseldorf, Saksa) käsittelee asiassa tehtyä valitusta.

18 Mainitussa valituksessa Falk väittää, että julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä sovelletaan, kun hankintaviranomaiseksi luokiteltu laitos hankkii tavaroita markkinoilta, ja että tässä lainsäädännössä velvoitetaan järjestämään tarjouskilpailu yksinoikeudellisten sopimusten tekemiseksi.

19 DAK sitä vastoin väittää, että hankkiakseen tarvitsemiaan tavaroita ja palveluja hankintaviranomainen voi turvautua paitsi julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin myös muihin malleihin kuin ne ja on siis vapaa tekemään hankintasopimuksia yksinoikeudella valintapäätöksen jälkeen, mutta myös tekemään sopimuksia kaikkien kiinnostuneiden yritysten kanssa valintaa tekemättä. Valintapäätös on kuitenkin direktiivissä 2004/18 ja asiaa koskevassa unionin oikeudessa tarkoitetun käsitteen ”julkisia hankintoja koskeva sopimus” yksi osatekijä, minkä vuoksi pääasiassa kyseessä olevan sopimuksen kaltaiset sopimukset eivät valinnan puuttumisen takia ole julkisia hankintoja koskevia sopimuksia.

20 Kohlpharma puolestaan väittää, että hankintaviranomaisen vapaus valita julkisen palvelun velvoitteen täyttämiseksi tarvittavien sopimusten luonne on vahvistettu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä palvelukonsessioiden osalta.

21 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin esittää, että Falkin valituksen tutkittavaksi ottaminen riippuu siitä, onko SGB V:n 130a §:n 8 momentissa tarkoitettu alennusjärjestelmään liittymistä koskeva sopimus, joka tehdään hyväksymismenettelyssä kaikkien kiinnostuneiden talouden toimijoiden kanssa ilman valintaa, direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettu julkisia hankintoja koskeva sopimus. Toisin sanoen on kyse siitä, luonnehtiiko julkisia hankintoja koskevaa sopimusta hankintaviranomaisen valinta, jonka johdosta valitulla toimijalla on yksinoikeus. Jos näin on, hyväksymismenettely, jossa tehdään sopimukset kaikkien kiinnostuneiden talouden toimijoiden kanssa, ei muodosta julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettelyä.

22 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin toteaa, että kansallinen oikeuskäytäntö on tämän kysymyksen osalta jakautunut. Tiettyjen tuomioistuinten mukaan julkisia hankintoja koskeva sopimus on sopimus, jolla annetaan valitulle toimijalle yksinoikeus, minkä vuoksi hankintasopimus, joka tehdään kaikkien sitä haluavien toimijoiden kanssa, ei ole julkisia hankintoja koskeva sopimus. Toiset tuomioistuimet katsovat, että kaikki hankintaviranomaisen tekemät hankintasopimukset ovat julkisia hankintoja koskevia sopimuksia ja että yhden tarjoajan valitseminen ja näin ollen yksinoikeuden myöntäminen on hankintaviranomaisen velvollisuus.

23 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin on taipuvainen katsomaan, ettei pääasiassa kyseessä olevan kaltainen alennussopimusjärjestelmä ole julkisia hankintoja koskeva sopimus. On nimittäin niin, että koska tähän järjestelmään hyväksytään kaikki toimijat, jotka täyttävät vahvistetut edellytykset ja jotka pyytävät tulla liitetyksi siihen, ei tehdä valintaa eikä siis myönnetä taloudellista etua yhdelle toimijalle eikä vaaraa syrjinnästä näin ollen ole. Kuten direktiivin 2004/18 johdanto-osan toisesta perustelukappaleesta ja 2 artiklasta ilmenee, julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön tavoitteena on nimenomaan tämän tyyppisiin vaaroihin liittyvien epäkohtien välttäminen.

24 Yhtäältä ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa näiden toteamusten tueksi 10.9.2009 annettuun tuomioon Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), josta se päättelee, ettei hankintasopimusta ole välttämättä tehtävä julkisia hankintoja koskevan sopimuksen muodossa, jos on olemassa lainmukainen vaihtoehto, joka oli tähän tuomioon johtaneessa asiassa palvelukonsessio. Sen mukaan nimittäin primaarioikeudesta tai johdetusta oikeudesta ei ilmene, että kaikki hankinnat olisi välttämättä tehtävä julkisia hankintoja koskevalla sopimuksella. Se toteaa, että vaikka julkisia hankintoja koskevan sopimuksen ja palvelukonsession välillä on eroavuus sopimuksessa määrätyn rahallisen vastineen luonteen vuoksi, mikään ei estä sitä, että kiinnostuneiden talouden toimijoiden kesken tehtävä valinta tai sen puuttuminen voisi muodostaa toisen eroavuuden. Tästä mainittu tuomioistuin katsoo, että 15.7.2010 annettu tuomio komissio v. Saksa (C-271/08, EU:C:2010:426) voisi epäsuorasti vahvistaa tämän johtopäätöksen siltä osin kuin unionin tuomioistuin totesi sen 73 kohdassa, että julkisia hankintoja koskevista sopimuksista annettujen direktiivien tarkoituksena on estää se, että kotimaisia tarjoajia tai ehdokkaita suositaan hankintaviranomaisen tehdessä hankintasopimuksia.

25 Toisaalta ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin viittaa direktiiviin 2014/24 ja erityisesti tässä direktiivissä käyttöön otetun käsitteen ”julkinen hankinta” määritelmään, jossa viitataan nimenomaisesti talouden toimijoiden valintaan, ja mainitun direktiivin johdanto-osan neljännen perustelukappaleen toiseen kohtaan, jossa suljetaan julkisen hankinnan käsitteestä pois tilanteet, joissa kaikilla tietyt edellytykset täyttävillä toimijoilla on erotuksetta oikeus harjoittaa tiettyä toimintaa, ja jossa annetuista esimerkeistä yksi näyttää viittaavan pääasiassa kyseessä olevan kaltaiseen järjestelmään rinnastettavaan järjestelmään. Se katsoo, että vaikka direktiiviä 2014/24 ei sovelleta ajallisesti käsiteltävässä asiassa, siinä esitetty määritelmä käsitteelle ”julkinen hankinta”, jota direktiivissä 2004/18 ei määritellä, ei merkitse muutosta. Julkisia hankintoja koskevista sopimuksista annettua unionin oikeutta on nimittäin aina luonnehtinut kilpailutekijä.

26 Siinä tapauksessa, että valintaa olisi pidettävä julkisia hankintoja koskevan sopimuksen luonteenomaisena osatekijänä eikä pääasiassa kyseessä olevan kaltainen alennussopimusten järjestelmään liittymistä koskeva menettely siis lähtökohtaisesti ole julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekomenettely, ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, että olisi tarkennettava tällaisen liittymismenettelyn sääntöjenmukaisuusedellytykset, joita olisi välttämättä noudatettava, jotta hankintaviranomainen voisi luopua yhden tai useamman toimijan valitsemisen sisältävästä julkisia hankintoja koskevan sopimuksen tekemiseen johtavasta menettelystä.

27 Tämä tuomioistuin korostaa, että syrjintäkiellon periaate ja yhdenvertaisen kohtelun periaate ja avoimuusvelvollisuus, jotka johtuvat ennen kaikkea primaarioikeudesta, asettavat menettelyllisiä ja aineellisia vaatimuksia, joita on noudatettava myös tässä liittymismenettelyssä sen takaamiseksi, että siitä todella puuttuu kaikenlainen valinta ja ettei siitä aiheudu kilpailuetua yhdellekään toimijalle. Hyväksymismenettelyn järjestämistavat voisivat nimittäin luoda syrjintää ja eriarvoista kohtelua.

28 Tällaisen menettelyn sääntöjenmukaisuuden edellytyksinä voisivat olla unionin tasolla tehtävä ilmoitus tämän menettelyn aloittamisesta ja siinä tehtävistä sopimuksista, hyväksymistä säätelevien sääntöjen selvyys, alennussopimusjärjestelmän liittymissopimusten ehtojen vahvistaminen ennalta ja mahdollisuus liittyä järjestelmään millä hetkellä tahansa.

29 Tämä liittymismahdollisuus millä hetkellä tahansa erottaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen liittymismenettelyn direktiivin 2004/18 32 artiklassa säädetystä puitejärjestelyn tekomenettelystä. Tämän artiklan 2 kohdan toisessa alakohdassa esitetty vaatimus, jonka mukaan puitejärjestelyyn perustuvia hankintasopimuksia voivat tehdä vain talouden toimijat, jotka ovat tämän puitejärjestelyn osapuolia, johtuu tämäntyyppisen sopimuksen valikoivasta luonteesta. Ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen mukaan tällaisen rajoituksen asettamisella liittymismenettelyssä vahvistamalla määräaika, jonka päätyttyä toimija ei enää voisi liittyä alennussopimusten järjestelmään, olisi syrjivä vaikutus, koska se aiheuttaisi kilpailuedun tähän järjestelmään liittyneille toimijoille.

30 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin katsoo, ettei SGB V:n 129 §:ssä säädetty lääkkeen vaihtamismekanismi tuota tällaista kilpailuetua siinä tapauksessa, että on liitytty saman lain 130a §:n 8 momentissa tarkoitettuun alennussopimusjärjestelmään. Tilanne on tältä osin erilainen silloin, kun tällainen alennussopimus tehdään julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyssä. Viimeksi mainitussa tapauksessa sopimuspuoleksi valitun hyväkseen saamasta yksinoikeudesta seuraisi, että sillä olisi erityinen kilpailullinen asema ja hankintasopimuksen sopimuspuolen valinta vaikuttaisi näin ollen ratkaisevasti kilpailuun. Sitä vastoin silloin, kun tällaisia sopimuksia tehdään kaikkien kiinnostuneiden toimijoiden kanssa, lääkkeen vaihtaminen ei tapahdu hankintaviranomaisen vaan farmaseutin tai potilaan valinnan pohjalta niiden ostoehtojen mukaan, joita alennussopimusjärjestelmään liittyneet toimijat tarjoavat. Näin ollen voi olla, että tiettyjen järjestelmään liittyneiden toimijoiden tuotteita ostetaan hyvin harvoin. Näin on, vaikka järjestelmään on liittynyt vain yksi toimija, kuten käsiteltävässä asiassa. Myöntämällä kaikille kiinnostuneille toimijoille liittymisoikeuden minä hetkenä tahansa hankintaviranomainen nimittäin luopuu vaikuttamasta kilpailutilanteeseen, joka ei riipu mahdollisuudesta vaihtaa liittyneiden toimijoiden lääkkeitä toisiin vaan jokaisen mahdollisesti kiinnostuneen toimijan tekemästä päätöksestä osallistua alennussopimusjärjestelmään tai ei.

31 Näissä olosuhteissa Oberlandesgericht Düsseldorf (Düsseldorfin ylempi alueellinen tuomioistuin) on päättänyt lykätä asian käsittelyä ja esittää unionin tuomioistuimelle seuraavat ennakkoratkaisukysymykset:

”1) Eikö direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettua käsitettä ’julkisia hankintoja koskeva sopimus’ enää sovelleta, kun hankintaviranomainen järjestää hyväksymismenettelyn, jonka puitteissa se antaa hankintasopimuksen valitsematta yhtä tai useampaa talouden toimijaa?

2) Mikäli ensimmäiseen kysymykseen on vastattava siten, että yhden tai useamman talouden toimijan valitseminen on luonteenomaista julkisia hankintoja koskevalle sopimukselle, – – onko direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa, luettuna yhdessä tämän direktiivin 2 artiklan kanssa, tarkoitettua talouden toimijan valitsemista [jota käsite ’julkisia hankintoja koskeva sopimus’ näin ollen edellyttäisi] tulkittava siten, että hankintaviranomainen voi luopua valitsemasta yhtä tai useampaa talouden toimijaa suorittamalla hyväksymismenettelyn vain, kun seuraavat edellytykset täyttyvät:

— hyväksymismenettelyn suorittamisesta tiedotetaan Euroopan laajuisesti,

— vahvistetaan yksiselitteisiä sääntöjä sopimuksen tekemisestä ja sopimukseen liittymisestä,

— sopimusehdot vahvistetaan edeltä käsin sillä tavoin, ettei yksikään talouden toimija voi vaikuttaa sopimuksen sisältöön,

— talouden toimijoille myönnetään jokahetkinen oikeus liittyä sopimukseen ja

— sopimusten tekemisestä tiedotetaan Euroopan laajuisesti?”

Ennakkoratkaisukysymysten tarkastelu

Ensimmäinen kysymys

32 Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee ensimmäisellä kysymyksellään, onko direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohtaa tulkittava siten, että tässä direktiivissä tarkoitettu julkisia hankintoja koskevan sopimuksen määritelmä kattaa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen sopimusjärjestelmän, jolla julkinen yksikkö aikoo hankkia tavaroita markkinoilta tekemällä koko tämän järjestelmän voimassaoloaikana sopimuksia kaikkien sellaisten talouden toimijoiden kanssa, jotka sitoutuvat toimittamaan kyseisiä tavaroita ennalta määritellyillä ehdoilla, ilman, että se tekee valintaa kiinnostuneiden toimijoiden välillä, ja antamalla niille mahdollisuuden liittyä mainittuun järjestelmään sen koko voimassaoloaikana.

33 Kuten tietyt unionin tuomioistuimelle kirjallisia huomautuksia esittäneet osapuolet tosin esittävät, tällaisessa järjestelmässä tehdään tavaroiden toimittamista koskevia vastikkeellisia sopimuksia julkisen yksikön, joka voisi olla direktiivissä 2004/18 tarkoitettu hankintaviranomainen, ja talouden toimijoiden välillä, mikä vastaa tämän direktiivin 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa mainitun käsitteen ”julkisia hankintoja koskeva sopimus” määritelmää.

34 On kuitenkin yhtäältä todettava, että mainitun direktiivin johdanto-osan toisen perustelukappaleen mukaan siinä säädettyjä yhteensovittamista koskevia säännöksiä on tulkittava noudattaen EUT-sopimuksen periaatteita, erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjintäkiellon periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta, joita on noudatettava jäsenvaltioissa suoritettavissa julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyissä.

35 Toisaalta julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisella unionin tasolla pyritään näin suojaamaan sellaisten jäsenvaltioon sijoittautuneiden talouden toimijoiden etuja, jotka haluavat tarjota tavaroita tai palveluja toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneille hankintaviranomaisille, ja direktiivin 2004/18 tarkoituksena on estää se, että kotimaisia tarjoajia tai ehdokkaita suositaan hankintaviranomaisen tehdessä hankintasopimuksia (ks. vastaavasti julkisia palveluhankintoja koskevista sopimuksista annetun aiemmin voimassa olleen direktiivin osalta tuomio 10.11.1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, 41 ja 42 kohta oikeuskäytäntöviittauksineen).

36 Etenkin kotimaisten talouden toimijoiden suosimisen vaara, jota mainitulla direktiivillä pyritään välttämään, liittyy läheisesti valintaan, jonka hankintaviranomainen aikoo tehdä hyväksyttävien tarjousten välillä, ja yksinoikeuteen, joka seuraa sen toimijan, jonka tarjous on hyväksytty, tai niiden talouden toimijoiden, joiden tarjoukset on hyväksytty, kun kyse on puitejärjestelystä, valinnasta hankintasopimuksen sopimuspuoleksi, mikä on julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyn tarkoitus.

37 Näin ollen on niin, että kun julkinen yksikkö pyrkii tekemään toimitussopimuksia kaikkien niiden talouden toimijoiden kanssa, jotka tahtovat toimittaa kyseisiä tavaroita tämän yksikön ilmoittamilla ehdoilla, sellaisen talouden toimijan, jolle annettaisiin hankintasopimukseen perustuva yksinoikeus, nimeämättä jättämisestä seuraa, ettei hankintaviranomaisen toimintaan tarvitse soveltaa direktiivin 2004/18 täsmällisiä säännöksiä sitä varten, että sitä estettäisiin valitsemasta hankintasopimuksen sopimuspuoli kotimaisia toimijoita suosimalla.

38 Tarjouksen ja siis sopimuspuolen valinta on näin ollen osatekijä, joka kuuluu olennaisesti tämän direktiivin mukaiseen julkisia hankintoja koskevia sopimuksia koskevaan kehykseen ja näin ollen sen 1 artiklan 2 kohdan a alakohdassa tarkoitettuun käsitteeseen ”julkisia hankintoja koskeva sopimus”.

39 Tätä toteamusta tuetaan direktiivin 2004/18 43 artiklan ensimmäisen kohdan e alakohdassa, jonka mukaan hankintaviranomaisten on laadittava jokaisesta hankintasopimuksesta, puitejärjestelystä ja dynaamisen hankintajärjestelmän perustamisesta kirjallinen selvitys, joka sisältää sopimuspuoleksi valitun tarjoajan nimen ja tämän tarjouksen valinnan perustelut.

40 Lisäksi on todettava, että tämä periaate on ilmoitettu nykyään nimenomaisesti direktiivin 2014/24 1 artiklan 2 kohdassa kirjatussa käsitteen ”hankinta” määritelmässä, jonka yksi osatekijä on se, että hankintaviranomainen valitsee talouden toimijan, jolta se hankkii julkisia hankintoja koskevalla sopimuksella rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja, jotka ovat tämän hankinnan kohteena.

41 Lopuksi on todettava, että se pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen sopimusjärjestelmän erityispiirre, että se on koko voimassaolonsa ajan jatkuvasti avoinna kiinnostuneille toimijoille eikä sitä siis ole rajoitettu alustavaan ajanjaksoon, jonka aikana yrityksiä pyydetään ilmoittamaan kiinnostuksensa kyseiselle julkiselle yksikölle, riittää erottamaan tämän järjestelmän puitejärjestelystä. Direktiivin 2004/18 32 artiklan 2 kohdan toisen alakohdan mukaan nimittäin puitejärjestelyyn perustuvat hankintasopimukset voidaan tehdä vain niiden talouden toimijoiden kanssa, jotka ovat tämän puitejärjestelyn alkuperäisiä osapuolia.

42 Ensimmäiseen kysymykseen on siis vastattava, että direktiivin 2004/18 1 artiklan 2 kohdan a alakohtaa on tulkittava siten, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen sopimusjärjestelmä, jolla julkinen yksikkö aikoo hankkia markkinoilta tavaroita tekemällä tämän järjestelmän koko voimassaoloaikana sopimuksia kaikkien sellaisten talouden toimijoiden kanssa, jotka sitoutuvat toimittamaan kyseisiä tavaroita ennalta määritellyillä ehdoilla, ilman, että se tekee valintaa kiinnostuneiden toimijoiden välillä, ja antamalla niille mahdollisuuden liittyä mainittuun järjestelmään sen koko voimassaoloaikana, ei ole tässä direktiivissä tarkoitettu julkisia hankintoja koskeva sopimus.

Toinen kysymys

43 Toisella kysymyksellään ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin tiedustelee, mitä edellytyksiä unionin oikeudessa asetetaan pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen sopimusjärjestelmän sisältämän hyväksymismenettelyn sääntöjenmukaisuudelle.

44 On todettava, että tällaiseen menettelyyn, siltä osin kuin sen kohteeseen liittyy varma rajat ylittävä intressi, sovelletaan EUT-sopimuksen perustavanlaatuisia sääntöjä, erityisesti syrjintäkiellon periaatetta ja talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä niistä johtuvaa avoimuusvelvollisuutta, ja tämä viimeksi mainittu velvollisuus edellyttää riittävää julkisuutta. Tältä osin jäsenvaltioilla on pääasiassa kyseessä olevan kaltaisessa tilanteessa tietty harkintavalta hyväksyä toimenpiteitä, joilla pyritään takaamaan yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ja avoimuusvelvollisuuden noudattaminen.

45 Joka tapauksessa avoimuusvaatimus edellyttää julkisuutta, jonka avulla mahdollisesti kiinnostuneet talouden toimijat voivat saada asianmukaisesti tietoonsa pääasiassa kyseessä olevan kaltaisen hyväksymismenettelyn kulun ja sen olennaiset ominaispiirteet.

46 Kansallisen tuomioistuimen on arvioitava, onko pääasiassa kyseessä oleva hyväksymismenettely näiden vaatimusten mukainen.

47 Esitettyyn toiseen kysymykseen on siis vastattava, että siltä osin kuin pääasiassa kyseessä olevan kaltaiseen sopimusjärjestelmään sisältyvän liittymismenettelyn kohteeseen liittyy varma rajat ylittävä intressi, liittymismenettely on suunniteltava ja järjestettävä EUT-sopimuksen perustavanlaatuisten sääntöjen mukaisesti, erityisesti noudattaen syrjintäkiellon periaatetta ja talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä niistä johtuvaa avoimuusvelvoitetta.

Oikeudenkäyntikulut

48 Pääasian asianosaisten osalta asian käsittely unionin tuomioistuimessa on välivaihe kansallisessa tuomioistuimessa vireillä olevan asian käsittelyssä, minkä vuoksi kansallisen tuomioistuimen asiana on päättää oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta. Oikeudenkäyntikuluja, jotka ovat aiheutuneet muille kuin näille asianosaisille huomautusten esittämisestä unionin tuomioistuimelle, ei voida määrätä korvattaviksi.

Näillä perusteilla unionin tuomioistuin (viides jaosto), on ratkaissut asian seuraavasti:

1) **Julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY 1 artiklan 2 kohdan a alakohtaa on tulkittava siten, että pääasiassa kyseessä olevan kaltainen sopimusjärjestelmä, jolla julkinen yksikkö aikoo hankkia markkinoilta tavaroita tekemällä tämän järjestelmän koko voimassaoloaikana sopimuksia kaikkien sellaisten talouden toimijoiden kanssa, jotka sitoutuvat toimittamaan kyseisiä tavaroita ennalta määritellyillä ehdoilla, ilman, että se tekee valintaa kiinnostuneiden toimijoiden välillä, ja antamalla niille mahdollisuuden liittyä mainittuun järjestelmään sen koko voimassaoloaikana, ei ole tässä direktiivissä tarkoitettu julkisia hankintoja koskeva sopimus.**

2) **Siltä osin kuin pääasiassa kyseessä olevan kaltaiseen sopimusjärjestelmään sisältyvän liittymismenettelyn kohteeseen liittyy varma rajat ylittävä intressi, liittymismenettely on suunniteltava ja järjestettävä EUT-sopimuksen perustavanlaatuisten sääntöjen mukaisesti, erityisesti noudattaen syrjintäkiellon periaatetta ja talouden toimijoiden yhdenvertaisen kohtelun periaatetta sekä niistä johtuvaa avoimuusvelvoitetta.**

Allekirjoitukset