Zbornik sudske prakse

PRESUDA SUDA (peto vijeće)

2. lipnja 2016.*

„Zahtjev za prethodnu odluku – Ugovori o javnoj nabavi – Direktiva 2004/18/EZ – Članak 1. stavak 2. točka (a) – Pojam ‚ugovori o javnoj nabavi' – Sustav nabave robe koji se sastoji u prihvaćanju kao dobavljača svakog gospodarskog subjekta koji ispunjava unaprijed određene uvjete – Isporuka lijekova koji podliježu povratu novca u okviru općeg sustava socijalne sigurnosti – Sporazumi između jednog fonda za zdravstveno osiguranje i svih dobavljača lijekova temeljenih na određenom aktivnom sastojku koji prihvaćaju dati rabat na prodajnu cijenu po unaprijed određenoj stopi – Zakonodavstvo koje predviđa, u načelu, zamjenu lijeka koji podliježe povratu novca, a koji je stavio na tržište subjekt koji nije sklopio takav sporazum, istovrsnim lijekom koji je stavio na tržište subjekt koji je sklopio takav sporazum"

U predmetu C-410/14,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Oberlandesgericht Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu, Njemačka), odlukom od 13. kolovoza 2014., koju je Sud zaprimio 29. kolovoza 2014., u postupku

Dr. Falk Pharma GmbH

protiv

DAK-Gesundheit,

uz sudjelovanje:

Kohlpharma GmbH,

SUD (peto vijeće),

u sastavu: T. von Danwitz, predsjednik četvrtog vijeća, u svojstvu predsjednika petog vijeća, D. Šváby (izvjestitelj), A. Rosas, E. Juhász i C. Vajda, suci,

nezavisni odvjetnik: P. Cruz Villalón,

tajnik: A. Calot Escobar,

uzimajući u obzir pisani postupak,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

— za Dr. Falk Pharma GmbH, M. Ulshöfer, *Rechtsanwalt*,

* Jezik postupka: njemački

— za DAK-Gesundheit, A. Csaki, *Rechtsanwalt*,

— za Kohlpharma GmbH, C. Stumpf, *Rechtsanwalt*,

— za njemačku vladu, T. Henze i A. Lippstreu, u svojstvu agenata,

— za grčku vladu, K. Nasopoulou i S. Lekkou, u svojstvu agenata,

— za švedsku vladu, A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, F. Sjövall, L. Swedenborg i E. Karlsson, u svojstvu agenata,

— za Europsku komisiju, C. Hermes i G. Wilms, u svojstvu agenata,

odlučivši, nakon što je saslušao nezavisnog odvjetnika, da u predmetu odluči bez mišljenja,

donosi sljedeću

Presudu

1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članka 1. stavka 2. točke (a) Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o [javnoj nabavi radova, robe i usluga] (SL 2004., L 134, str. 114. i ispravak SL 2004., L 351, str. 44.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 6., svezak 1., str. 156.).

2 Zahtjev je upućen u okviru spora između Dr. Falk Pharme GmbH (u daljnjem tekstu: Falk) i DAK-Gesundheita (u daljnjem tekstu: DAK), fonda za zdravstveno osiguranje, u prisutnosti Kohlpharme GmbH, koji se odnosi na postupak što ga je DAK pokrenuo s ciljem sklapanja sporazuma o rabatu na cijene s poduzetnicima koji stavljaju na tržište lijek čija je djelatna tvar mezalacin, a koji je doveo do sklapanja takvog sporazuma s Kohlpharmom.

Pravni okvir

Pravo Unije

3 U uvodnim izjavama 2. i 3. Direktive 2004/18 navodi se sljedeće:

(2) „Sklapanje ugovora sklopljenih u državi članici u ime države, regionalnih ili lokalnih vlasti i drugih tijela kojima upravljaju tijela javnog prava, podliježe poštovanju načela Ugovora, a posebno načela slobode kretanja robe, načela slobode poslovnog nastana i načela slobode pružanja usluga i načelima koja iz toga proizlaze, kao što je načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti, te načelo transparentnosti. Međutim, za ugovore o javnoj nabavi iznad određene vrijednosti preporučljivo je sastaviti odredbe koordinacije Zajednice nacionalnih postupaka za dodjelu takvih ugovora koji su utemeljeni na ovim načelima kako bi se osigurao njihov učinak i kako bi se jamčilo otvaranje javne nabave natjecanju. Ove bi se koordinirajuće odredbe stoga trebale tumačiti u skladu kako s gore navedenim pravilima i načelima tako i s ostalim pravilima Ugovora.

(3) Takve koordinirajuće odredbe trebale bi koliko god je to moguće zadovoljavati trenutne postupke i praksu u svakoj državi članici.”

4 Uvodna izjava 11. navedene direktive navodi:

„Trebalo bi predvidjeti definiciju Zajednice koja se odnosi na okvirne sporazume, zajedno s točno određenim pravilima o okvirnim sporazumima sklopljenim za ugovore koji su obuhvaćeni ovom Direktivom. Prema tim pravilima, kada javni naručitelji sklope okvirni sporazum u skladu s odredbama ove Direktive koje se odnose posebno na oglašavanje, vremenske rokove i uvjete za podnošenja ponuda u javnom nadmetanju, oni mogu sklopiti ugovore temeljene na takvom okvirnom sporazumu za vrijeme trajanja njegove pravovaljanosti tako da primjenjuju uvjete navedene u okvirnom sporazumu ili, ako svi uvjeti nisu unaprijed utvrđeni u okvirnom sporazumu, tako da se ponovno otvori nadmetanje između stranaka okvirnog sporazuma u vezi s tim uvjetima. [...]”

5 Člankom 1. stavkom 2. točkom (a) Direktive 2004/18/EZ propisano je da u svrhu te direktive „‚ugovori o javnoj nabavi’ su naplatni ugovori sklopljeni u pisanom obliku između jednog ili više gospodarskih subjekata i jednog ili više javnih naručitelja i čiji je predmet izvođenje radova, isporuka robe ili pružanje usluga u smislu ove Direktive”.

6 Navedeni članak 1. u stavku 5. definira pojam „okvirnog sporazuma” na sljedeći način:

„‚Okvirni sporazum’ je sporazum između jednog ili više javnih naručitelja i jednog ili više gospodarskih subjekata, a čija je svrha utvrđivanje uvjeta pod kojima se [provodi javna nabava] tijekom određenog razdoblja, posebno u pogledu cijene i, po potrebi, predviđenih količina.”

7 Članak 2. navedene direktive glasi:

„Javni naručitelji se prema gospodarskim subjektima ponašaju jednako i nediskriminirajuće i djeluju na transparentan način.”

8 Članak 32. Direktive 2004/18 propisuje:

„ [...]

2. Za potrebe sklapanja okvirnog sporazuma, javni naručitelj slijedi postupovna pravila navedena u ovoj Direktivi za sve faze do sklapanja ugovora na temelju tog okvirnog sporazuma. Strane okvirnog sporazuma odabiru se primjenom kriterija za odabir utvrđenih u skladu s člankom 53.

Ugovori na temelju okvirnog sporazuma sklapaju se u skladu s postupcima navedenima u stavcima 3. i 4. Ti se postupci mogu primjenjivati samo između javnih naručitelja i gospodarskih subjekata koji su izvorno strane okvirnog sporazuma.

[...]

4. Ako je okvirni sporazum sklopljen s više gospodarskih subjekata, potonjih mora biti najmanje troje, ako ima dovoljan broj gospodarskih subjekata koji zadovoljavaju uvjete sposobnosti i/ili valjanih ponuda koje zadovoljavaju kriterije za odabir.

Ugovori na temelju okvirnih sporazuma sklopljenih s više gospodarskih subjekata mogu biti sklopljeni ili:

— primjenom uvjeta određenih u okvirnom sporazumu bez ponovnog natjecanja, ili

— ako svi uvjeti nisu određeni u okvirnom sporazum, kada su strane ponovno u natjecanju na temelju istih i, ako je to nužno, preciznije definiranih uvjeta, i, ako je prikladno, drugih uvjeta navedenih u specifikacijama okvirnog sporazuma, u skladu sa sljedećim postupkom:

[...]”

9 U skladu s člankom 43. stavkom 1. te direktive:

„Za svaki ugovor, okvirni sporazum i svaku uspostavu dinamičkog sustava nabave, javni naručitelj sastavlja pismeno izvješće koje sadrži najmanje sljedeće:

[...]

(e) ime uspješnog ponuditelja i razloge zašto je njegova ponuda odabrana i, ako je poznato, dio ugovora ili okvirnog sporazuma koji uspješni ponuditelj namjerava dati u podugovor trećim strankama;

[...]”

10 Direktiva 2014/24/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 26. veljače 2014. o javnoj nabavi i o stavljanju izvan snage Direktive 2004/18 (SL 2014., L 94, str. 65.), čiji akti za prenošenje moraju, na temelju njezina članka 90. stavka 1., stupiti na snagu najkasnije 18. travnja 2016., u članku 1. stavku 2. definira nabavu na sljedeći način:

„Nabava u smislu ove Direktive podrazumijeva stjecanje putem javnog ugovora, radova, robe ili usluga koje nabavlja jedan ili više javnih naručitelja od gospodarskih subjekata koje su ti javni naručitelji odabrali, bez obzira na to jesu ili radovi, roba ili usluge namijenjene javnoj svrsi.”

Nacionalno pravo

11 Na temelju članka 129. stavka 1. Sozialgesetzbucha, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (Zakon o socijalnoj sigurnosti, peta knjiga – sustav zdravstvenog osiguranja, u daljnjem tekstu: SGB V), u odnosu na isporuku lijeka koji je propisan naznakom svojeg aktivnog sastojka i čiju zamjenu lijekom koji ima ekvivalentan aktivni sastojak liječnik koji propisuje lijek nije isključio, ljekarnici moraju zamijeniti propisani lijek onim s ekvivalentnim aktivnim sastojkom za koji je sklopljen sporazum o rabatu u smislu članka 130.a stavka 8. SGB-a V.

12 U skladu s potonjom odredbom, fondovi za zdravstveno osiguranje ili njihove skupine mogu s farmaceutskim poduzetnicima sklopiti sporazume o rabatu na prodajne cijene lijekova koji se isporučuju na teret tih fondova za razdoblje od dvije godine.

Glavni postupak i prethodna pitanja

13 DAK je 28. kolovoza 2013. u dodatku Službeno*m listu Europske unije* objavio obavijest o „postupku odobrenja sudjelovanja” s ciljem sklapanja sporazuma o rabatu, u skladu s člankom 130.a stavkom 8. SGB-a V, koji se odnosi na lijekove čiji je aktivni sastojak mesalazin. Rabat je bio dogovoren po stopi od 15 % od „tvorničke” cijene za razdoblje od 1. listopada 2013. do 30. rujna 2015.

14 Taj postupak predviđao je sudjelovanje svih zainteresiranih poduzetnika koji ispunjavaju kriterije za sudjelovanje i sklapanje sa svakim od tih poduzetnika istovjetnih ugovora čiji su uvjeti bili unaprijed određeni i o kojima se nije moglo pregovarati. Osim toga, svaki drugi poduzetnik koji je ispunjavao te kriterije imao je također mogućnost pod istim uvjetima pristupiti sustavu sporazuma o rabatu tijekom razdoblja njegove valjanosti.

15 U obavijesti od 28. kolovoza 2013. navedeno je da taj postupak ne podliježe pravu javne nabave.

16 Kohlpharma je bila jedini poduzetnik koji je nakon te obavijesti iskazao svoj interes. S tim je poduzetnikom 5. prosinca 2013. sklopljen ugovor. Mehanizam zamjene iz članka 129. stavka 1. SGV-a V proveden je od 1. siječnja 2014. u računalnom sustavu kojim se koriste ljekarne. O sklapanju tog ugovora 22. veljače 2014. izdana je obavijest u Službenom listu.

17 Falk je 17. siječnja 2014. pred Vergabekammerom des Bundes (Savezno vijeće za javnu nabavu, Njemačka) podnio tužbu za proglašenje nespojivosti s pravom javne nabave postupka odobrenja sudjelovanja koji je pokrenuo DAK i jedinog sporazuma koji je iz njega proizišao. Žalbeni postupak vodio se pred Oberlandesgerichtom Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu, Njemačka).

18 U okviru navedene žalbe Falk tvrdi da se pravo javne nabave primjenjuje kada tijelo kvalificirano kao javni naručitelj nabavlja robu na tržištu, a to pravo nalaže da se objavi poziv na nadmetanje, što podrazumijeva sklapanje isključivih ugovora.

19 S druge strane, DAK smatra da javni naručitelj nabavu robe i usluga koji su mu potrebni može obavljati ne samo putem ugovora o javnoj nabavi nego se može koristiti i drugim modelima te stoga može slobodno dodijeliti isključivi ugovor, nakon odluke o odabiru, ali i sklopiti ugovore sa svim zainteresiranim poduzetnicima bez obavljanja odabira. Postojanje odluke o odabiru konstitutivan je element pojma „ugovora o javnoj nabavi" u smislu Direktive 2004/18 i prava Unije o tom području, tako da, u nedostatku odabira, ugovori poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku ne predstavljaju ugovore o javnoj nabavi.

20 Kohlpharma, pak, smatra da je sloboda izbora javnog naručitelja u odnosu na narav ugovora potrebnih za ispunjenje obveze javne usluge sadržana u sudskoj praksi Suda u području koncesija za usluge.

21 Sud koji je uputio zahtjev ističe da dopuštenost Falkove tužbe ovisi o tome predstavlja li ugovor o pristupanju sustavu sporazuma o rabatu u smislu članka 130.a stavka 8. SGB-a V, sklopljen u okviru postupka odobrenja sudjelovanja sa svim zainteresiranim gospodarskim subjektima, bez odluke o odabiru, ugovor o javnoj nabavi u smislu članka 1. stavka 2. točke (a) Direktive 2004/18. Drugim riječima, pitanje je karakterizira li ugovor o javnoj nabavi izbor javnog naručitelja, što implicira da odabrani subjekt ima isključiva prava. U tom slučaju postupak odobrenja sudjelovanja s ciljem sklapanja ugovora sa svim zainteresiranim gospodarskim subjektima ne predstavlja postupak javne nabave.

22 Taj sud navodi da je nacionalna sudska praksa podijeljena u vezi s tim pitanjem. Za neke je sudove ugovor o javnoj nabavi ugovor kojim se odabranom gospodarskom subjektu dodjeljuju isključiva prava, tako da ugovor koji je sklopljen sa svim subjektima koji to zatraže ne predstavlja ugovor o javnoj nabavi. Drugi sudovi smatraju da je svaki ugovor koji sklopi javni naručitelj ugovor o javnoj nabavi i da je izbor jednog od ponuditelja, a stoga i dodjela isključivih prava, obveza javnog naručitelja.

23 Sud koji je uputio zahtjev sklon je smatrati da sustav sporazuma o rabatu poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku ne predstavlja javnu nabavu. Naime, zbog prihvaćanja u taj sustav svih subjekata koji ispunjavaju određene uvjete i koji zatraže svoje uključivanje, nema odabira, dodjele ekonomske prednosti jednom subjektu ni, dakle, rizika od diskriminacije. Kao što to proizlazi iz uvodne izjave 2. i članka 2. Direktive 2004/18, pravo javne nabave ima za cilj upravo izbjegavanje zloupotrebe u vezi s ovom vrstom rizika.

24 Taj se sud u prilog svojim razmatranjima poziva, s jedne strane, na presudu od 10. rujna 2009., Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), iz koje zaključuje da se ugovor ne mora nužno dodijeliti u obliku ugovora o javnoj nabavi kada postoji zakonita alternativa, koja se, u okviru glavnog postupka u kojem je donesena ta presuda, sastoji u korištenju koncesije za usluge. Naime, čini mu se da ni primarno ni sekundarno pravo ne implicira da svako stjecanje nužno mora biti predmet ugovora o javnoj nabavi. Smatra da, iako postoji razlika između ugovora o javnoj nabavi i koncesije za usluge, ovisno o prirodi financijske protučinidbe predviđene ugovorom, ništa ne isključuje mogućnost da se na temelju postojanja ili nepostojanja izbora između zainteresiranih gospodarskih subjekata stvori još jedna razlika. S tim u vezi, navedeni sud smatra da presuda od 15. srpnja 2010., Komisija/Njemačka (C-271/08, EU:C:2010:426) može neizravno potvrditi taj zaključak jer je Sud u točki 73. utvrdio da je cilj direktiva u području javne nabave isključiti rizik da se prednost daje ponuditeljima ili domaćim natjecateljima svaki put kad javni naručitelji provode postupak javne nabave.

25 S druge strane, sud koji je uputio zahtjev poziva se na Direktivu 2014/24, posebice na definiciju pojma „javne nabave” iz te direktive, koja se izričito poziva na odabir gospodarskih subjekata, i na drugi podstavak uvodne izjave 4. navedene direktive, u kojem se iz pojma javne nabave isključuju slučajevi u kojima su svi gospodarski subjekti koji ispunjavaju određene uvjete ovlašteni za izvršavanje određenog zadatka, bez mogućnosti odabira, pri čemu se čini da se jedan od danih primjera odnosi na sustav usporediv s onim iz glavnog postupka. On smatra da, iako u ovom slučaju Direktiva 2014/24 nije primjenjiva *ratione temporis*, definicija pojma „javne nabave” koja je u njoj sadržana ne donosi nikakve promjene, dok Direktiva 2004/18 ne definira taj pojam. Naime, pravo Unije u području javne nabave oduvijek je karakterizirao element tržišnog natjecanja.

26 Pod pretpostavkom da treba smatrati da je odabir karakterističan element javne nabave, a time i da postupak odobrenja sudjelovanja u sustavu sporazuma o rabatu poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku u načelu nije postupak javne nabave, sud koji je uputio zahtjev smatra potrebnim odrediti uvjete valjanosti takvog postupka odobrenja sudjelovanja, čije je poštovanje nužno da bi se javni naručitelj mogao suzdržati od provođenja postupka javne nabave koji uključuje odabir jednog ili više subjekata.

27 Taj sud naglašava da načela nediskriminacije i jednakog postupanja te obveza transparentnosti, koji prije svega proizlaze iz primarnog prava, nameću postupovne i materijalne zahtjeve koji se postavljaju i u okviru tog postupka odobrenja sudjelovanja kako bi se jamčilo da u njemu nema selektivnosti, ne dajući konkurentsku prednost nijednom subjektu. Međutim, načini organizacije postupka odobrenja sudjelovanja mogu dovesti do diskriminacije i nejednakog postupanja.

28 Uvjeti za valjanost takvog postupka mogli bi biti objava diljem Unije o otvaranju tog postupka i ugovorima koji će u njegovu okviru biti sklopljeni, jasnoća pravila o odobrenju sudjelovanja, određivanje *a priori* uvjeta ugovora o pristupanju sustavu sporazuma o rabatu i mogućnost pristupanja u svakom trenutku.

29 Ta mogućnost pristupanja u svakom trenutku razlikuje postupak odobrenja sudjelovanja poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku od postupka sklapanja okvirnog sporazuma koji je uređen člankom 32. Direktive 2004/18. Naime, zahtjev iz stavka 2. drugog podstavka tog članka, prema kojem se ugovori na temelju okvirnog sporazuma mogu sklopiti samo s gospodarskim subjektima koji su stranke tog okvirnog sporazuma, proizlazi iz selektivne naravi te vrste sporazuma. Prema sudu koji je uputio zahtjev, nametanje takvog ograničenja u okviru postupka odobrenja sudjelovanja, određivanjem roka istekom kojeg subjekt više ne bi mogao pristupiti sustavu sporazuma o rabatu, imalo bi diskriminirajući učinak jer bi dalo konkurentsku prednost subjektima koji su pristupili tom sustavu.

30 Taj sud smatra da mehanizam zamjene lijeka predviđen u članku 129. SGB-a V ne daje takvu konkurentsku prednost u slučaju pristupanja sustavu sporazuma o rabatu u smislu članka 130.a stavka 8. tog propisa. Situacija je s tim u vezi drukčija kad je takav sporazum o rabatu sklopljen u okviru postupka javne nabave. U potonjem slučaju posljedica isključivosti koju uživa uspješni

ponuditelj jest to da se on nalazi u posebnom konkurentskom položaju, s obzirom na to da dodjela ugovora ima odlučujući utjecaj na tržišno natjecanje. Nasuprot tomu, u slučaju kad su takvi sporazumi sklopljeni sa svim zainteresiranim subjektima, do zamjene lijeka ne dolazi na temelju izbora javnog naručitelja, nego ljekarnika ili pacijenta, ovisno o uvjetima prodaje koje predlože subjekti koji su pristupili sustavu sporazuma o rabatu. Stoga je moguće da proizvodi nekih od subjekata koji su pristupili budu vrlo rijetko kupovani. Isto bi vrijedilo i da je, kao u ovom slučaju, pristupio samo jedan subjekt. Naime, dodjeljivanjem prava pristupanja u svakom trenutku svakom zainteresiranom subjektu javni naručitelj odustaje od izvršavanja utjecaja na konkurentsku situaciju, koja ne ovisi o mogućnosti zamjene lijekova subjekata koji su pristupili, nego o odluci svakog od potencijalno zainteresiranih subjekata o tome hoće li ili neće sudjelovati u sustavu sporazuma o rabatu.

31 U tim okolnostima Oberlandesgericht Düsseldorf (Visoki zemaljski sud u Düsseldorfu) odlučio je prekinuti postupak i postaviti Sudu sljedeća prethodna pitanja:

„1. Prestaje li se definicija pojma ‚ugovora o javnoj nabavi' iz članka 1. stavka 2. točke (a) Direktive 2004/18/EZ primjenjivati ako javni naručitelj provodi postupak odobrenja sudjelovanja u okviru kojeg dodjeljuje ugovor a da pritom ne odabere jednog ili više gospodarskih subjekata?

2. Ako na 1. pitanje treba odgovoriti tako da odabir jednog ili više gospodarskih subjekata jest obilježje ugovora o javnoj nabavi, [...] treba li obilježje odabira gospodarskih subjekata [koje u tom slučaju implicira da se primjenjuje pojam ‚ugovor o javnoj nabavi'] u smislu članka 1. stavka 2. točke (a) Direktive 2004/18/EZ, s obzirom na članak 2. Direktive 2004/18/EZ, tumačiti na način da javni naručitelj ne može odustati od odabira jednog ili više gospodarskih subjekata u okviru postupka odobrenja sudjelovanja samo ako su ispunjene sljedeće pretpostavke:

— provedba postupka odobrenja sudjelovanja objavljuje se u cijeloj Europi;

— utvrđena su izričita pravila o sklapanju ugovora i pristupanju ugovoru;

— uvjeti ugovora utvrđeni su unaprijed tako da nijedan gospodarski subjekt ne može utjecati na sadržaj ugovora;

— gospodarskim subjektima jamči se pravo pristupanja ugovoru u svakom trenutku i

— sklapanja ugovora objavljuju se u cijeloj Uniji?"

O prethodnim pitanjima

Prvo pitanje

32 Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 1. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18 tumačiti na način da kao ugovor o javnoj nabavi, u smislu te direktive, valja kvalificirati sustav sporazuma poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku, kojim javni subjekt želi pribaviti robu na tržištu sklapanjem ugovora tijekom cijelog razdoblja valjanosti tog sustava sa svakim gospodarskim subjektom koji se obveže isporučiti odnosnu robu po unaprijed određenim uvjetima, bez obavljanja odabira između zainteresiranih subjekata i omogućavanjem tim subjektima da pristupe navedenom sustavu tijekom cijelog razdoblja njegove valjanosti.

33 Doduše, kao što to navode pojedine zainteresirane strane koje su podnijele pisana očitovanja Sudu, takav sustav dovodi do sklapanja naplatnih ugovora između javnog subjekta, koji bi mogao biti javni naručitelj u smislu Direktive 2004/18, i gospodarskih subjekata čiji je cilj isporuka proizvoda, što odgovara definiciji pojma „ugovora o javnoj nabavi" iz članka 1. stavka 2. točke (a) te direktive.

34 Valja, međutim, napomenuti, s jedne strane, da se, u skladu s uvodnom izjavom 2. navedene direktive, koordinirajuće odredbe koje se njome utvrđuju moraju tumačiti u skladu s načelima UFEU-a, posebice načelima slobode kretanja robe, slobode poslovnog nastana i slobode pružanja usluga te načelima koja iz toga proizlaze, kao što su to načelo jednakog tretmana, načelo zabrane diskriminacije, načelo uzajamnog priznavanja, načelo razmjernosti te načelo transparentnosti, kojima podliježe provedba postupaka javne nabave u državama članicama.

35 S druge strane, budući da je svrha koordinacije na razini Unije postupaka javne nabave usluga štititi interese gospodarskih subjekata sa sjedištem u državi članici koji žele nuditi robu ili usluge javnim naručiteljima sa sjedištem u drugoj državi članici, cilj je Direktive 2004/18 isključiti rizik od davanja prednosti domaćim ponuditeljima ili natjecateljima kad god javnu nabavu provode javni naručitelji (vidjeti u tom smislu, glede Direktive o javnoj nabavi usluga koja je prethodno bila na snazi, presudu od 10. studenoga 1998., BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, t. 41. i 42. i navedenu sudsku praksu).

36 U biti, rizik od davanja prednosti domaćim gospodarskim subjektima, koji navedena direktiva želi eliminirati, usko je povezan s odabirom koji javni naručitelj namjerava izvršiti između prihvatljivih ponuda i isključivosti koja će proizići iz dodjele odnosnog ugovora subjektu čija je ponuda prihvaćena ili gospodarskim subjektima čije su ponude prihvaćene u slučaju okvirnog sporazuma, što je svrha postupka javne nabave.

37 Slijedom toga, kad javni subjekt namjerava sklopiti ugovore o isporuci sa svim gospodarskim subjektima koji žele isporučivati odnosne proizvode po uvjetima koje je taj javni subjekt naveo, neodređivanje gospodarskog subjekta kojem bi bio dodijeljen isključivi ugovor ima za posljedicu to da nema potrebe detaljnim propisima Direktive 2004/18 regulirati postupanje tog javnog naručitelja kako bi ga se spriječilo da dodijeli ugovor dajući prednost domaćim subjektima.

38 Stoga se čini da je izbor ponude, a time i uspješnog ponuditelja, element bitno povezan s uređenjem javne nabave tom direktivom i, slijedom toga, s pojmom „ugovora o javnoj nabavi" u smislu njezina članka 1. stavka 2. točke (a).

39 To je utvrđenje potvrđeno člankom 43. stavkom 1. točkom (e) Direktive 2004/18, na temelju kojeg za svaki ugovor, okvirni sporazum i svaku uspostavu dinamičkog sustava nabave javni naručitelj sastavlja pismeno izvješće koje sadržava ime uspješnog ponuditelja i razloge zašto je njegova ponuda odabrana.

40 Također treba napomenuti da je to načelo izričito navedeno u definiciji pojma „nabave", sada sadržane u članku 1. stavku 2. Direktive 2014/24, čiji je jedan od elemenata taj da javni naručitelj može odabrati gospodarski subjekt od kojeg će ugovorom o javnoj nabavi ugovoriti obavljanje radova te isporuku robe ili usluga koji su predmet tog ugovora.

41 Naposljetku, treba napomenuti da je posebnost sustava sporazuma poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku – odnosno njegova trajna otvorenost zainteresiranim subjektima tijekom cijelog razdoblja valjanosti te stoga neograničenost na pripremno razdoblje tijekom kojeg su poduzetnici pozvani na iskazivanje interesa odnosnom javnom subjektu – dostatna za razlikovanje tog sustava od okvirnog sporazuma. Naime, u skladu s člankom 32. stavkom 2. drugim podstavkom Direktive 2004/18, ugovori na temelju okvirnog sporazuma mogu se dodijeliti samo gospodarskim subjektima koji su izvorno njegove stranke.

42 Na prvo postavljeno pitanje stoga valja odgovoriti da članak 1. stavak 2. točku (a) Direktive 2004/18 treba tumačiti na način da nije ugovor o javnoj nabavi, u smislu te direktive, sustav sporazuma poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku, kojim javni subjekt želi pribaviti robu na tržištu sklapanjem ugovora tijekom cijelog razdoblja valjanosti tog sustava sa svakim gospodarskim subjektom koji se obveže isporučiti odnosnu robu po unaprijed određenim uvjetima, bez obavljanja odabira između zainteresiranih subjekata i omogućavanjem tim subjektima da pristupe navedenom sustavu tijekom cijelog razdoblja njegove valjanosti.

Drugo pitanje

43 Svojim drugim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita kojim uvjetima u skladu s pravom Unije podliježe valjanost postupka odobrenja sudjelovanja u sustavu sporazuma poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku.

44 Treba istaknuti da takav postupak, pod uvjetom da njegov predmet ima određeni prekogranični interes, podliježe temeljnim pravilima UFEU-a, a posebice načelima nediskriminacije i jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima te obvezi transparentnosti koja iz njih proizlazi, pri čemu potonja obveza nameće provođenje odgovarajuće objave. S tim u vezi, države članice u situaciji poput one o kojoj je riječ u glavnom postupku raspolažu određenom marginom prosudbe u svrhu donošenja mjera kojima se jamči poštovanje načela jednakog tretmana i obveze transparentnosti.

45 Međutim, zahtjev transparentnosti podrazumijeva objavu kojom se potencijalno zainteresiranim gospodarskim subjektima omogućuje da se upoznaju s odvijanjem i bitnim značajkama postupka odobrenja sudjelovanja poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku.

46 Zadaća je suda koji je uputio zahtjev da ocijeni ispunjava li postupak odobrenja sudjelovanja o kojem je riječ u glavnom postupku te zahtjeve.

47 Na drugo postavljeno pitanje stoga treba odgovoriti da, pod uvjetom da predmet postupka odobrenja sudjelovanja u sustavu sporazuma poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku ima određeni prekogranični interes, taj postupak mora biti osmišljen i organiziran u skladu s temeljnim pravilima UFEU-a, posebice s načelima nediskriminacije i jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima te obvezom transparentnosti koja iz njih proizlazi.

Troškovi

48 Budući da ovaj postupak ima značaj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odluči o troškovima postupka. Troškovi podnošenja očitovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadoknađuju se.

Slijedom navedenoga, Sud (peto vijeće) odlučuje:

1. **Članak 1. stavak 2. točku (a) Direktive Europskog parlamenta i Vijeća 2004/18/EZ od 31. ožujka 2004. o usklađivanju postupaka za sklapanje ugovora o javnim radovima, ugovora o javnoj nabavi robe te ugovora o javnim uslugama treba tumačiti na način da nije ugovor o javnoj nabavi u smislu te direktive sustav sporazuma poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku, kojim javni subjekt želi pribaviti robu na tržištu sklapanjem ugovora tijekom cijelog razdoblja valjanosti tog sustava sa svakim gospodarskim subjektom koji se obveže isporučiti odnosnu robu po unaprijed određenim uvjetima, bez obavljanja odabira između zainteresiranih subjekata i omogućavanjem tim subjektima da pristupe navedenom sustavu tijekom cijelog razdoblja njegove valjanosti.**

2. **Pod uvjetom da predmet postupka odobrenja sudjelovanja u sustavu sporazuma poput onoga o kojem je riječ u glavnom postupku ima određeni prekogranični interes, taj postupak mora biti osmišljen i organiziran u skladu s temeljnim pravilima UFEU-a, posebice s načelima nediskriminacije i jednakog postupanja prema gospodarskim subjektima te obvezom transparentnosti koja iz njih proizlazi.**

Potpisi