TEISINGUMO TEISMO (penktoji kolegija) SPRENDIMAS

2016 m. birželio 2 d.*

„Prašymas priimti prejudicinį sprendimą — Viešieji pirkimai — Direktyva 2004/18/EB — 1 straipsnio 2 dalies a punktas — „Viešojo pirkimo sutarties“ sąvoka — Prekių įsigijimo sistema, kai bet kuriam ūkio subjektui, atitinkančiam iš anksto nustatytas sąlygas, leidžiama tapti tiekėju — Kompensuojamųjų vaistų tiekimas pagal bendrąją socialinės apsaugos sistemą — Ligonių kasos ir vaistų, kuriuose yra tam tikros veikliosios medžiagos, visų tiekėjų, kurie sutinka taikyti iš anksto nustatyto dydžio nuolaidą nuo pardavimo kainos, sudarytos sutartys — Teisės aktai, iš principo numatantys kompensuojamųjų vaistų, kuriais prekiauja tokios sutarties nesudaręs ūkio subjektas, pakeitimą tokios pačios rūšies vaistais, kuriais prekiauja tokią sutartį sudaręs ūkio subjektas“

Byloje C-410/14

dėl *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo aukštesnysis apygardos teismas, Vokietija) 2014 m. rugpjūčio 13 d. sprendimu, kurį Teisingumo Teismas gavo 2014 m. rugpjūčio 29 d., pagal SESV 267 straipsnį pateikto prašymo priimti prejudicinį sprendimą byloje

Dr. Falk Pharma GmbH

prieš

DAK-Gesundheit,

dalyvaujant

Kohlpharma GmbH,

TEISINGUMO TEISMAS (penktoji kolegija),

kurį sudaro ketvirtosios kolegijos pirmininkas T. von Danwitz, einantis penktosios kolegijos pirmininko pareigas, teisėjai D. Šváby (pranešėjas), A. Rosas, E. Juhász ir C. Vajda,

generalinis advokatas P. Cruz Villalón,

kancleris A. Calot Escobar,

atsižvelgęs į rašytinę proceso dalį,

išnagrinėjęs pastabas, pateiktas:

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

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

* Proceso kalba: vokiečių.

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

— Vokietijos vyriausybės, atstovaujamos T. Henze ir A. Lippstreu,

— Graikijos vyriausybės, atstovaujamos K. Nasopoulou ir S. Lekkou,

— Švedijos vyriausybės, atstovaujamos A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg ir F. Sjövall,

— Europos Komisijos, atstovaujamos C. Hermes ir A. Tokár,

atsižvelgęs į sprendimą, priimtą susipažinus su generalinio advokato nuomone, nagrinėti bylą be išvados,

priima šį

Sprendimą

1 Prašymas priimti prejudicinį sprendimą pateiktas dėl 2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo (OL L 134, p. 114; 2004 m. specialusis leidimas lietuvių k., 6 sk., 7 t., p. 132; klaidų ištaisymas OL L 339, 2014 11 26, p. 14) 1 straipsnio 2 dalies a punkto išaiškinimo.

2 Šis prašymas pateiktas nagrinėjant *Dr. Falk Pharma GmbH* (toliau – *Falk*) ir ligonių kasos *DAK-Gesundheit* (toliau – DAK), dalyvaujant *Kohlpharma GmbH*, ginčą dėl DAK vykdytos procedūros siekiant sudaryti nuolaidų sutartis su įmonėmis, prekiaujančiomis vaistais, turinčiais veikliosios medžiagos mesalazino, kurios pabaigoje tokia sutartis sudaryta su *Kohlpharma*.

Teisinis pagrindas

Sąjungos teisė

3 Direktyvos 2004/18 2 ir 3 konstatuojamosios dalys suformuluotos taip:

„(2) Sutartys, sudarytos valstybėse narėse valstybės, regioninės ar vietos valdžios institucijų arba kitų viešosios teisės reguliuojamų subjektų vardu, turi atitikti Sutartyje numatytus principus, ypač laisvo prekių judėjimo, įsisteigimo laisvės ir laisvo paslaugų judėjimo, bei iš jų kylančius principus, pavyzdžiui, lygiateisiškumo, nediskriminavimo, abipusio pripažinimo, proporcingumo ir skaidrumo principus. Tačiau viešosioms sutartims, kurių vertė viršija tam tikrą sumą, šių principų pagrindu patartina nustatyti nacionalinių procedūrų, sudarant tokias sutartis, derinimą Bendrijos mastu, kad būtų užtikrintas šių principų veiksmingumas ir sudarytos sąlygos konkurencijai atliekant viešuosius pirkimus. Šios derinimo nuostatos turėtų būti aiškinamos remiantis tiek minėtomis taisyklėmis ir principais, tiek ir kitomis Sutarties nuostatomis.

(3) Šios derinimo nuostatos turėtų kiek įmanoma atitikti dabartinę valstybių narių tvarką ir praktiką.“

4 Šios direktyvos 11 konstatuojamojoje dalyje skelbiama:

„Bendrijos mastu turėtų būti apibrėžti preliminarieji susitarimai ir specifinės taisyklės preliminariesiems susitarimams, naudojamiems sudarant sutartis, kurioms taikoma ši direktyva. Remiantis šiomis taisyklėmis perkančioji organizacija, sudarydama preliminarųjį susitarimą pagal šios direktyvos nuostatas, susijusias visų pirma su pasiūlymų pateikimo skelbimu, terminais ir sąlygomis, gali

preliminariojo susitarimo galiojimo metu jo pagrindu sudaryti sutartis, taikydama preliminariojo susitarimo sąlygas arba, jei preliminariajame susitarime nebuvo iš anksto nustatytos visos sąlygos, atnaujindama konkursą tarp preliminariojo susitarimo šalių šioms sąlygoms nustatyti. <…>“

5 Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 2 dalies a punkte nustatyta, kad „viešosios sutartys [viešojo pirkimo sutartys]“ – tai dėl piniginės naudos vieno arba kelių ūkio subjektų ir vienos ar kelių perkančiųjų organizacijų raštu sudarytos sutartys, kurių dalykas yra darbų atlikimas, prekių tiekimas arba paslaugų teikimas, kaip apibrėžta [šioje] direktyvoje“.

6 Minėto 1 straipsnio 5 dalyje šitaip apibrėžiama „Preliminariojo susitarimo“ sąvoka:

„Preliminarusis susitarimas“ – tai vienos ar kelių perkančiųjų organizacijų ir vieno ar kelių ūkio subjektų susitarimas, kurio tikslas – nustatyti sąlygas, taikomas sutartims, kurios bus sudarytos per tam tikrą nurodytą laikotarpį, visų pirma kainą ir atitinkamais atvejais numatomus kiekius.“

7 Tos pačios direktyvos 2 straipsnyje numatyta:

„Perkančiosios organizacijos ūkio subjektams taiko vienodas sąlygas, jų nediskriminuoja ir veikia skaidriai.“

8 Direktyvos 2004/18 32 straipsnyje nustatyta:

„<…>

2. Norėdamos sudaryti preliminarųjį susitarimą, perkančiosios organizacijos laikosi šioje direktyvoje nurodytų procedūros taisyklių visose pakopose, iki pat sutarčių pagal preliminarųjį susitarimą sudarymo. Preliminariojo susitarimo šalys pasirenkamos remiantis 53 straipsnyje apibrėžtais sutarties sudarymo kriterijais.

Sutartys pagal preliminarųjį susitarimą sudaromos laikantis procedūrų, apibrėžtų 3 ir 4 dalyse. Šias procedūras galima taikyti tik tarp perkančiųjų organizacijų ir ūkio subjektų, kurie nuo pat pradžių buvo preliminariojo susitarimo šalimis.

<…>

4. Sudarant preliminarųjį susitarimą su keliais ūkio subjektais, jų turi būti ne mažiau kaip trys, jei yra pakankamas skaičius ūkio subjektų, atitinkančių atrankos kriterijus, ir (arba) priimtinų pasiūlymų, kurie atitinka kriterijus sutarčiai sudaryti.

Sutartys, besiremiančios preliminariaisiais susitarimais su keliais ūkio subjektais, gali būti sudarytos šiais atvejais pasirinktinai:

— taikant preliminariojo susitarimo sąlygas ir iš naujo neskelbiant konkurso, arba,

— jei preliminariajame susitarime numatytos ne visos sąlygos, šalys dalyvauja konkurse tokiomis pačiomis ir, jei reikia, tiksliau suformuluotomis sąlygomis, taip pat, atitinkamai, kitomis sąlygomis, nurodytomis preliminariojo susitarimo specifikacijose, laikantis šios procedūros:

<…>“

9 Šios direktyvos 43 straipsnyje pirmoje pastraipoje nustatyta:

„Kiekvienai sutarčiai, preliminariajam susitarimui ir kiekvienai sukurtai dinaminei pirkimo sistemai perkančiosios organizacijos parengia ataskaitą raštu, kurioje turi būti bent jau ši informacija:

<…>

e) pasirinkto dalyvio pavadinimas ir jo pasiūlymo pasirinkimo priežastys ir, jei žinoma, sutarties arba preliminariojo susitarimo dalis, kurią pasirinktasis dalyvis numato pavesti įvykdyti tretiesiems asmenims pagal subrangos sutartį;

<…>“

10 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB (OL L 94, p. 65), kurią perkeliantys aktai turi įsigalioti ne vėliau kaip 2016 m. balandžio 18 d., 1 straipsnio 2 dalyje pirkimas apibrėžiamas šitaip:

„Kaip apibrėžta šioje direktyvoje, pirkimas – vienos ar daugiau perkančiųjų organizacijų vykdomas darbų, prekių ar paslaugų įsigijimas pagal viešąją [viešojo pirkimo] sutartį iš tų perkančiųjų organizacijų pasirinktų ekonominės veiklos vykdytojų, nepaisant to, ar darbai, prekės ar paslaugos yra skirti viešajam tikslui.“

Nacionalinė teisė

11 Pagal *Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung* (Socialinis kodeksas, V-oji knyga – sveikatos draudimo teisinis režimas, toliau – SGB V) 129 straipsnio 1 dalį, kai tiekiami vaistai, kurie išrašyti nurodant jų veikliąją medžiagą ir kurių juos išrašęs gydytojas nedraudžia pakeisti vaistais su lygiaverte veikliąja medžiaga, vaistininkai turi pakeisti išrašytus vaistus tokiais, kurių veiklioji medžiaga lygiavertė ir dėl kurių sudaryta nuolaidos sutartis, kaip tai suprantama pagal SGB V 130a straipsnio 8 dalį.

12 Vadovaudamosi pastarąja nuostata ligonių kasos ar jų grupės gali su farmacinėmis įmonėmis dvejiems metams sudaryti nuolaidų sutartis dėl šių kasų kompensuojamųjų vaistų.

Pagrindinė byla ir prejudiciniai klausimai

13 2013 m. rugpjūčio 28 d. *Europos Sąjungos oficialiojo leidinio* priede DAK paskelbė apie „leidimų suteikimo procedūrą“, siekdama pagal SGB V 130a straipsnio 8 dalį sudaryti nuolaidų sutartis dėl vaistų, kurių veiklioji medžiaga mesalazinas. Buvo nustatyta 15 % dydžio nuolaida, taikytina nuo gamintojo pardavimo kainos, o jos galiojimo laikotarpis – nuo 2013 m. spalio 1 d. iki 2015 m. rugsėjo 30 d.

14 Šioje procedūroje numatyta leisti dalyvauti visoms suinteresuotosioms įmonėms, tenkinančioms leidimo dalyvauti kriterijus, ir su kiekviena iš jų buvo numatyta sudaryti identiškas sutartis, kurių sąlygos nustatytos iš anksto ir derėtis dėl jų nebuvo galima. Be to, bet kuri kita šiuos kriterijus tenkinanti įmonė dar turėjo galimybę tokiomis pačiomis sąlygomis prisijunti prie nuolaidų sutarčių sistemos jos galiojimo laikotarpiu.

15 2013 m. rugpjūčio 28 d. skelbime buvo nurodyta, kad šiai procedūrai netaikoma viešųjų pirkimų teisė.

16 Paskelbus šį skelbimą vienintelė *Kohlpharma GmbH* pareiškė susidomėjimą. 2013 m. gruodžio 5 d. su šia įmone sudaryta sutartis. SGB V 129 straipsnio 1 dalyje numatytas keitimo mechanizmas vaistinių naudojamoje informacinėje sistemoje pradėtas įgyvendinti nuo 2014 m. sausio 1 d. Tų pačių metų vasario 22 d. Apie šios sutarties sudarymą pranešta Oficialiajame leidinyje.

17 2014 m. sausio 17 d. *Falk* pateikė prašymą dėl peržiūros *Vergabekammer des Bundes* (Federacijos viešųjų pirkimų komisija, Vokietija); tame prašyme reikalavo pripažinti, kad DAK vykdyta leidimų suteikimo procedūra ir jos pabaigoje sudaryta vienintelė sutartis neatitiko viešųjų pirkimų teisės. *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo aukštesnysis apygardos teismas, Vokietija) nagrinėja šį prašymą apeliacine tvarka.

18 Prašyme *Falk* teigia, kad taikoma viešųjų pirkimų teisė, nes subjektas, turintis perkančiosios organizacijos statusą, įsigyja prekių rinkoje, taigi pagal šią teisę reikalaujama skelbti konkursą, o tai lemia išimtinių sutarčių sudarymą.

19 Atvirkščiai, DAK mano, kad įsigydama reikalingų prekių ir paslaugų perkančioji organizacija gali taikyti ne tik viešuosius pirkimus, bet ir kitus jų modelius, dėl to priėmusi sprendimą dėl pasirinkimo turi teisę sudaryti ne tik išimtinę sutartį, bet ir sutartis su visomis suinteresuotosiomis įmonėmis nevykdant atrankos. Tai, kad egzistuoja sprendimas dėl pasirinkimo, yra sąvokos „viešojo pirkimo sutartis“, kaip ji suprantama pagal Direktyvą 2004/18 ir Sąjungos teisę šioje srityje, sudedamasis elementas, todėl jei atrankos nebuvo, sutartys, kaip antai nagrinėjamos pagrindinėje byloje, nėra viešojo pirkimo sutartys.

20 Savo ruožtu *Kohlpharma* teigia, kad perkančiosios organizacijos teisė pasirinkti sutarčių, būtinų viešosios paslaugos pareigai vykdyti, pobūdį aptarta Teisingumo Teismo praktikoje, susijusioje su paslaugų koncesijomis.

21 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas teigia, kad *Falk* pateikto prašymo dėl peržiūros priimtinumas priklauso nuo to, ar sutartis, kuria prisijungiama prie nuolaidų sutarčių sistemos, kaip ji suprantama pagal SGB V 130a straipsnio 8 dalį, ir kuri vykdant leidimų suteikimo procedūrą sudaroma su visais suinteresuotaisiais ūkio subjektais nevykdant atrankos, yra viešojo pirkimo sutartis, kaip ji suprantama pagal Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 2 dalies a punktą. Kitaip tariant, būtina išsiaiškinti, ar viešojo pirkimo sutarčiai būdingas perkančiosios organizacijos pasirinkimas, o tai reiškia, kad pasirinktas subjektas įgyja išimtinę teisę. Tokiu atveju leidimų suteikimo procedūra, kuria siekiama sudaryti sutartis su visais suinteresuotaisiais ūkio subjektais, nėra viešojo pirkimo procedūra.

22 Šis teismas nurodo, kad nacionalinė teismų praktika šiuo klausimu nėra vienoda. Kai kurių teismų manymu, viešojo pirkimo sutartis yra sutartis, kuri pasirinktam ūkio subjektui suteikia išimtinę teisę, todėl sutartis, kuri sudaroma su visais to prašančiais subjektais, nėra viešojo pirkimo sutartis. Kiti teismai laikosi nuomonės, kad bet kuri perkančiosios organizacijos sudaryta sutartis yra viešojo pirkimo sutartis ir kad vieno iš dalyvių pasirinkimas, taigi išimtinės teisės suteikimas, yra perkančiosios organizacijos pareiga.

23 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas linkęs manyti, kad nuolaidų sutarčių sistema, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, nėra viešojo pirkimo sutartis. Iš tikrųjų, kadangi šioje sistemoje leidžiama dalyvauti visiems prašantiems leisti joje dalyvauti ir nustatytas sąlygas atitinkantiems subjektams ir atranka nevykdoma, tam tikram subjektui nesuteikiamas ekonominis pranašumas, todėl nėra diskriminacijos rizikos. O kaip matyti iš Direktyvos 2004/18 2 konstatuojamosios dalies ir 2 straipsnio, viešųjų pirkimų teise būtent siekiama išvengti nukrypimų, susijusių su tokio pobūdžio rizika.

24 Grįsdamas minėtus samprotavimus šis teismas pirmiausia remiasi 2009 m. rugsėjo 10 d. Sprendimu *Eurawasser* (C-206/08, EU:C:2009:540), iš kurio matyti, kad sutartis nebūtinai turi būti sudaroma kaip viešojo pirkimo sutartis, jei įstatyme numatyta alternatyva; pagrindinėje byloje, dėl kurios priimtas minėtas sprendimas, ta alternatyva buvo paslaugų koncesija. Jam neatrodo, kad pirminėje ar antrinėje

teisėje būtų numatyta, jog bet koks įsigijimas privalo būti viešojo pirkimo objektas. Jis mano, kad nors viešasis pirkimas skiriasi nuo paslaugų koncesijos pagal sutartyje numatytą piniginio atlygio pobūdį, niekas neleidžia teigti, kad galimybės rinktis iš suinteresuotųjų ūkio subjektų buvimas ar nebuvimas gali pagrįsti kitokį skirtumą. Šiuo klausimu teismas mano, kad 2010 m. liepos 15 d. Sprendimas *Komisija / Vokietija* (C-271/08, EU:C:2010:426) galėtų netiesiogiai patvirtinti šią išvadą, nes Teisingumo Teismas jo 73 punkte konstatavo, kad direktyvų viešųjų pirkimų srityje tikslas – pašalinti pavojų, kad sudarydamos sutartį perkančiosios organizacijos teiks pirmenybę nacionaliniams dalyviams arba kandidatams.

25 Antra, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas remiasi Direktyva 2014/24, būtent joje įtvirtinta sąvoka „viešasis pirkimas“, kurioje aiškiai daroma nuoroda į galimybę rinktis ūkio subjektą, ir šios direktyvos 4 konstatuojamosios dalies antra pastraipa, kurioje numatyta, kad į viešojo pirkimo sąvoką nepatenka situacijos, kai visi tam tikras sąlygas atitinkantys ekonominės veiklos vykdytojai, netaikant jokios atrankos, turi teisę atlikti tam tikrą užduotį, nes viename iš nurodytų pavyzdžių, atrodo, daroma nuoroda į sistemą, kuri panaši į nagrinėjamąją pagrindinėje byloje. Jis mano, kad nors nagrinėjamu atveju Direktyva 2014/24 *ratione temporis* netaikoma, joje pateiktoje sąvokoje „viešasis pirkimas“ (Direktyvoje 2004/18 ši sąvoka neapibrėžiama) nėra pakeitimų. Iš tikrųjų Sąjungos teisei viešųjų pirkimų srityje visada buvo būdingas konkurencijos elementas.

26 Tuo atveju, jeigu turėtų būti pripažinta, kad atranka yra viešojo pirkimo požymis ir dėl to leidimų dalyvauti nuolaidų sutarčių sistemoje procedūra, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, iš esmės nėra viešojo pirkimo procedūra, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas mano, kad reikėtų nurodyti tokios leidimų suteikimo procedūros teisėtumo sąlygas, kurios turi būti tenkinamos tam, kad perkančioji organizacija galėtų atsisakyti taikyti viešojo pirkimo procedūrą, kai pasirenkami vienas ar keli subjektai.

27 Šis teismas pabrėžia, kad nediskriminavimo ir vienodo vertinimo principai bei skaidrumo pareiga, numatyti visų pirma pirminėje teisėje, lemia procedūrinius ir materialinius reikalavimus, kurie taikomi ir vykdant šią leidimų suteikimo procedūrą, siekiant užtikrinti, kad per ją tikrai nebus vykdoma jokia atranka ir jokiam subjektui nebus suteikiamas konkurencinis pranašumas. Taigi leidimų suteikimo procedūros organizavimo tvarka gali lemti diskriminaciją ir nevienodą vertinimą.

28 Tokios procedūros teisėtumo sąlygos galėtų būti: paskelbimas Sąjungos mastu apie šios procedūros pradžią ir ją vykdant sudaromas sutartis, taisyklių, reglamentuojančių leidimo suteikimą, aiškumas, prisijungimo prie nuolaidų sutarčių sistemos sutarčių sąlygų *a priori* nustatymas ir galimybė prisijungti bet kuriuo momentu.

29 Ši galimybė prisijungti bet kuriuo momentu leidimų suteikimo procedūrą, kaip antai nagrinėjamą pagrindinėje byloje, atskiria nuo Direktyvos 2004/18 32 straipsnyje reglamentuojamos preliminariųjų susitarimų sudarymo procedūros. Šio straipsnio 2 dalies antroje pastraipoje įtvirtintą reikalavimą, kad sutartys pagal preliminarųjį susitarimą gali būti sudaromos tik su ūkio subjektais, kurie nuo pat pradžių buvo preliminariojo susitarimo šalys, lemia tokio tipo susitarimo atrankinis pobūdis. Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nuomone, jeigu toks ribojimas būtų nustatytas leidimų suteikimo procedūros atveju nustatant terminą, kuriam suėjus subjektas nebegalėtų prisijungti prie nuolaidų sutarčių sistemos, tai lemtų diskriminaciją, nes toks terminas suteiktų konkurencinį pranašumą šioje sistemoje jau dalyvaujantiems subjektams.

30 Šis teismas mano, kad SGB V 129 straipsnyje numatytas vaisto pakeitimo kitu vaistu mechanizmas nesuteikia tokio konkurencinio pranašumo, kai prisijungiama prie nuolaidų sutarčių sistemos, kaip ji suprantama pagal to paties teksto 130a straipsnio 8 dalies. Situacija šiuo klausimu būtų kitokia, jeigu tokia nuolaidų sutartis būtų sudaryta taikant viešojo pirkimo procedūrą. Pastaruoju atveju išimtinė teisė, suteikiama pasirinktam subjektui, lemtų tai, kad jo konkurencinė padėtis taptų ypatinga, nes sutarties sudarymas dėl to turėtų lemiamą poveikį konkurencijai. Priešingai, kai tokios sutartys sudaromos su visais suinteresuotaisiais ūkio subjektais, vaistai būtų pakeičiami kitais vaistais dėl to,

kad taip nusprendė ne perkančioji organizacija, bet vaistininkas arba pacientas, atsižvelgiant į pirkimo sąlygas, kurias siūlo subjektai, prisijungę prie nuolaidų sutarčių sistemos. Taigi galėtų nutikti taip, kad tam tikrų subjektų, prisijungusių prie nuolaidų sutarčių sistemos, produktai būtų perkami labai retai. Iš tikrųjų suteikdama teisę bet kuriam suinteresuotajam subjektui prisijungti bet kuriuo momentu, perkančioji organizacija atsisako daryti įtaką konkurencinei padėčiai, nes šią lemia ne galimybė pakeisti subjektų, prisijungusių prie nuolaidų sutarčių sistemos, vaistus kitais vaistais, bet kiekvieno potencialiai suinteresuotojo subjekto priimtas sprendimas dalyvauti arba nedalyvauti nuolaidų sutarčių sistemoje.

31 Šiomis aplinkybėmis *Oberlandesgericht Düsseldorf* (Diuseldorfo aukštesnysis apygardos teismas) nusprendė sustabdyti bylos nagrinėjimą ir pateikti Teisingumo Teismui šiuos prejudicinius klausimus:

„1. Ar „viešojo pirkimo sutarties“ sąvoka, kaip ji suprantama pagal Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 2 dalies a punktą, netaikoma, kai perkančioji organizacija vykdo leidimų suteikimo procedūrą, per kurią sudaro sutartį, nepasirinkdama vieno ar kelių ūkio subjektų?

2. Jeigu į pirmąjį klausimą būtų atsakyta taip, kad vieno ar kelių ūkio subjektų pasirinkimas yra viešojo pirkimo sutarties požymis, pateikiamas toks klausimas: ar požymis, kad galima pasirinkti ūkio subjektus [dėl ko šiuo atveju būtų taikoma „viešojo pirkimo sutarties“ sąvoka], kaip tai suprantama pagal Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 2 dalies a punktą, atsižvelgiant į šios direktyvos 2 straipsnį turi būti aiškinamas taip, kad perkančiajai organizacijai per leidimų suteikimo procedūrą leidžiama nepasirinkti vieno ar kelių ūkio subjektų tik tuomet, kai įvykdytos šios sąlygos:

— pranešimas apie leidimų suteikimo procedūros vykdymą paskelbiamas visoje Sąjungoje,

— nustatytos aiškios sutarties sudarymo ir prisijungimo prie sutarties taisyklės,

— sutarties sąlygos iš anksto nustatomos taip, kad joks ūkio subjektas negalėtų daryti įtakos sutarties turiniui,

— ūkio subjektams suteikiama teisė bet kuriuo metu prisijungti prie sutarties ir

— apie sudarytas sutartis paskelbiama visoje Sąjungoje?“

Dėl prejudicinių klausimų

Dėl pirmojo klausimo

32 Pirmuoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia sužinoti, ar Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 2 dalies a punktas turi būti aiškinamas taip, kad kaip viešojo pirkimo sutartį, kaip ji suprantama pagal šią direktyvą, galima kvalifikuoti sutarčių sistemą, kaip antai nagrinėjamą pagrindinėje byloje, pagal kurią viešasis subjektas siekia rinkoje įsigyti prekių sudarydamas, nevykdant suinteresuotųjų ūkio subjektų atrankos, per visą šios sistemos galiojimo laikotarpį sutartis su visais ūkio subjektais, kurie įsipareigoja tiekti atitinkamas prekes iš anksto nustatytomis sąlygomis, ir leisdamas jiems prisijungti prie šios sistemos jos galiojimo laikotarpiu.

33 Kaip pažymėjo kai kurie Teisingumo Teismui rašytines pastabas pateikę suinteresuotieji asmenys, taikant tokią sistemą sudaromos atlygintinės sutartys tarp viešojo subjekto, kuris gali būti laikomas perkančiąja organizacija pagal Direktyvą 2004/18, ir ūkio subjektų, kurie siekia tiekti prekes; tai atitinka „viešojo pirkimo sutarties“ sąvoką, pateikiamą šios direktyvos 1 straipsnio 2 dalies a punkte.

34 Vis dėlto reikia pažymėti, pirma, kad, vadovaujantis minėtos direktyvos 2 konstatuojamąja dalimi, šioje direktyvoje įtvirtintos derinimo nuostatos turėtų būti aiškinamos remiantis ESV sutartyje įtvirtintais principais, būtent laisvo prekių judėjimo, įsisteigimo laisvės bei laisvės teikti paslaugas principais, ir iš jų kylančiais principais, pavyzdžiui, vienodo vertinimo, nediskriminavimo, abipusio pripažinimo, proporcingumo ir skaidrumo, kurie taikomi valstybėse narėse vykdant viešojo pirkimo procedūras.

35 Antra, kadangi derinant Sąjungos mastu viešojo paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo procedūras taip siekiama apsaugoti vienoje valstybėje narėje įsisteigusių ūkio subjektų, norinčių tiekti prekes ar teikti paslaugas kitoje valstybėje narėje įsisteigusioms perkančiosioms organizacijoms, interesus, Direktyvos 2004/18 tikslas – pašalinti pavojų, kad perkančiosios organizacijos, sudarydamos bet kokią viešojo pirkimo sutartį, teiks pirmenybę nacionaliniams dalyviams arba kandidatams (šiuo klausimu dėl anksčiau galiojusios direktyvos dėl viešojo paslaugų pirkimo žr. 1998 m. lapkričio 10 d. Sprendimo *BFI Holding*, C-360/96, EU:C:1998:525, 41 ir 42 punktus ir juose nurodytą teismo praktiką).

36 Iš tikrųjų pavojus, kad palankiau bus vertinami nacionaliniai ūkio subjektai, kurį siekiama pašalinti minėta direktyva, glaudžiai susijęs su atranka, kurią perkančioji organizacija ketina atlikti iš priimtinų pasiūlymų, ir išimtinumu, atsirandančiu atitinkamą viešojo pirkimo sutartį sudarius su ūkio subjektu, kurio pasiūlymas atrinktas, ar ūkio subjektais, kurių pasiūlymai buvo atrinkti preliminariojo susitarimo atveju, o tai yra viešojo pirkimo procedūros tikslas.

37 Todėl kai viešasis subjektas siekia sudaryti tiekimo sutartis su visais ūkio subjektais, norinčiais tiekti atitinkamas prekes šio viešojo subjekto nurodytomis sąlygomis, tai, kad nenurodomas ūkio subjektas, su kuriuo išimtinai būtų sudaroma sutartis, reiškia, jog nėra būtinybės konkrečių Direktyvos 2004/18 taisyklių taikyti šios perkančiosios organizacijos veiksmams, siekiant užkirsti kelią tam, kad ši sudarys sutartį palankiau vertindama nacionalinius ūkio subjektus.

38 Dėl to atrodo, kad pasiūlymo, todėl ir laimėtojo, pasirinkimas glaudžiai susijęs su šioje direktyvoje įtvirtintu viešųjų pirkimų reglamentavimu, taigi ir „viešojo pirkimo sutarties“ sąvoka, kaip ji suprantama pagal jos 1 straipsnio 2 dalies a punktą.

39 Tokią išvadą patvirtina Direktyvos 2004/18 43 straipsnio pirmos pastraipos e punktas, pagal kurį dėl kiekvienos sutarties, preliminariojo susitarimo ir kiekvienos sukurtos dinaminės pirkimo sistemos perkančiosios organizacijos parengia ataskaitą raštu, kurioje turi būti nurodytas pasirinkto dalyvio pavadinimas ir jo pasiūlymo pasirinkimo priežastys.

40 Reikia, be kita ko, pažymėti, kad šis principas aiškiai įtvirtintas „pirkimo“ sąvokos apibrėžtyje, nuo šiol pateikiamos Direktyvos 2014/24 1 straipsnio 2 dalyje; vienas iš to pirkimo požymių yra perkančiosios organizacijos atliktas ūkio subjekto, iš kurio ji pagal viešojo pirkimo sutartį įsigis šios sutarties objektu esančių darbų, prekių ar paslaugų, pasirinkimas.

41 Galiausiai reikia pažymėti, kad sutarčių sistemos, kaip antai nagrinėjamos pagrindinėje byloje, ypatybė yra ta, kad visą jos galiojimo laikotarpį suinteresuotieji ūkio subjektai gali prie jos prisijungti bet kuriuo momentu, taigi nenustatytas pradinis laikotarpis, per kurį įmonės raginamos pareikšti susidomėjimą atitinkamam viešajam subjektui, ir šios ypatybės pakanka šiai sistemai atskirti nuo preliminariojo susitarimo. Iš tiesų, kaip matyti iš Direktyvos 2004/18 32 straipsnio 2 dalies antros pastraipos, sutartys pagal preliminarųjį susitarimą gali būti sudaromos tik su ūkio subjektais, kurie nuo pat pradžių buvo šio preliminariojo susitarimo šalys.

42 Taigi į pirmąjį klausimą reikia atsakyti, kad Direktyvos 2004/18 1 straipsnio 2 dalies a punktas turi būti aiškinamas taip, kad viešojo pirkimo sutartimi, kaip ji suprantama pagal šią direktyvą, nėra sutarčių sistema, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, pagal kurią viešasis subjektas siekia rinkoje įsigyti prekių sudarydamas, nevykdant suinteresuotų ūkio subjektų atrankos, per visą šios sistemos galiojimo laikotarpį sutartis su visais ūkio subjektais, kurie įsipareigoja tiekti atitinkamas prekes iš anksto nustatytomis sąlygomis, ir leisdamas jiems prisijungti prie šios sistemos jos galiojimo laikotarpiu.

Dėl antrojo klausimo

43 Antruoju klausimu prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas iš esmės siekia sužinoti, kokios sąlygos turi būti tenkinamos, kad leidimų dalyvauti sutarčių sistemoje suteikimo procedūra, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, būtų teisėta pagal Sąjungos teisę.

44 Reikia pažymėti, kad tokiai procedūrai, jeigu dėl jos dalyko kyla aiškus tarptautinis susidomėjimas, taikomos ESV sutarties pagrindinės taisyklės, ypač ūkio subjektų nediskriminavimo ir vienodo vertinimo principai bei iš jų kylanti skaidrumo pareiga, pagal kurią būtinas tinkamas viešas paskelbimas. Šiuo atveju valstybės narės tokioje situacijoje, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, turi tam tikrą diskreciją priimti priemones, skirtas vienodo vertinimo principo ir skaidrumo pareigos laikymuisi užtikrinti.

45 Vis dėlto skaidrumo reikalavimas reiškia, kad būtinas viešumas, leidžiantis potencialiai suinteresuotiems ūkio subjektams tinkamai sužinoti apie leidimų suteikimo procedūros, kaip antai nagrinėjamos pagrindinėje byloje, eigą ir jos pagrindines charakteristikas.

46 Prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas turi įvertinti, ar leidimų suteikimo procedūra, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, atitinka šiuos reikalavimus.

47 Taigi, į antrąjį pateiktą klausimą reikia atsakyti, kad jeigu dėl leidimų dalyvauti sutarčių sistemoje suteikimo procedūros, kaip antai nagrinėjamos pagrindinėje byloje, dalyko kyla aiškus tarptautinis susidomėjimas, ji turi būti rengiama ir organizuojama laikantis ESV sutarties pagrindinių taisyklių, ypač ūkio subjektų nediskriminavimo ir vienodo vertinimo principų bei iš jų kylančios skaidrumo pareigos.

Dėl bylinėjimosi išlaidų

48 Kadangi šis procesas pagrindinės bylos šalims yra vienas iš etapų prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikusio teismo nagrinėjamoje byloje, bylinėjimosi išlaidų klausimą turi spręsti šis teismas. Išlaidos, susijusios su pastabų pateikimu Teisingumo Teismui, išskyrus tas, kurias patyrė minėtos šalys, nėra atlygintinos.

Remdamasis šiais motyvais, Teisingumo Teismas (penktoji kolegija) nusprendžia:

1. **2004 m. kovo 31 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyvos 2004/18/EB dėl viešojo darbų, prekių ir paslaugų pirkimo sutarčių sudarymo tvarkos derinimo 1 straipsnio 2 dalies a punktas turi būti aiškinamas taip, kad viešojo pirkimo sutartimi, kaip ji suprantama pagal šią direktyvą, nėra sutarčių sistema, kaip antai nagrinėjama pagrindinėje byloje, pagal kurią viešasis subjektas siekia rinkoje įsigyti prekių sudarydamas, nevykdant suinteresuotų ūkio subjektų atrankos, per visą šios sistemos galiojimo laikotarpį sutartis su visais ūkio subjektais, kurie įsipareigoja tiekti atitinkamas prekes iš anksto nustatytomis sąlygomis, ir leisdamas jiems prisijungti prie šios sistemos jos galiojimo laikotarpiu.**

2. **Jeigu dėl leidimų dalyvauti sutarčių sistemoje suteikimo procedūros, kaip antai nagrinėjamos pagrindinėje byloje, dalyko kyla aiškus tarptautinis susidomėjimas, ji turi būti rengiama ir organizuojama laikantis ESV sutarties pagrindinių taisyklių, ypač ūkio subjektų nediskriminavimo ir vienodo vertinimo principų bei iš jų kylančios skaidrumo pareigos.**

Parašai.