SENTENZA TAL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA (Il-Ħames Awla)

2 ta' Ġunju 2016*

"Rinviju għal deċiżjoni preliminari — Kuntratti pubbliċi — Direttiva 2004/18/KE — Artikolu 1(2)(a) — Kunċett ta' "kuntratt pubbliku" — Sistema ta' akkwist ta' oġġetti li tikkonsisti fl-ammissjoni, bħala fornitur, ta' kull operatur ekonomiku li jissodisfa l-kundizzjonijiet stabbiliti minn qabel — Provvista ta' prodotti mediċinali li jiġu rrimborsati fil-kuntest ta' sistema ġenerali ta' sigurtà soċjali — Ftehimiet konklużi bejn fond ta' assigurazzjoni għall-mard u l-fornituri kollha ta' prodotti mediċinali bbażati fuq ingredjent attiv partikolari li jaċċettaw li jagħtu roħs fuq il-prezz tal-bejgħ, b'rata ddeterminata minn qabel — Leġiżlazzjoni li tipprevedi, bħala prinċipju, is-sostituzzjoni ta' prodott mediċinali li jiġi rrimborsat ikkummerċjalizzat minn operatur li ma kkonkludiex tali ftehim bi prodott mediċinali tal-istess tip ikkummerċjalizzat minn operatur li kkonkluda tali ftehim"

Fil-Kawża C-410/14,

li għandha bħala suġġett talba għal deċiżjoni preliminari skont l-Artikolu 267 TFUE, imressqa mill-Oberlandesgericht Düsseldorf (qorti reġjonali superjuri ta' Düsseldorf, il-Ġermanja), permezz ta' deċiżjoni tat-13 ta' Awwissu 2014, li waslet fil-Qorti tal-Ġustizzja fid-29 ta' Awwissu 2014, fil-proċedura

Dr. Falk Pharma GmbH

vs

DAK-Gesundheit,

fil-preżenza ta':

Kohlpharma GmbH

IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA (Il-Ħames Awla),

komposta minn T. von Danwitz, President tar-Raba' Awla, li qed jaġixxi bħala President tal-Ħames Awla, D. Šváby (Relatur), A. Rosas, E. Juhász u C. Vajda, Imħallfin,

Avukat Ġenerali: P. Cruz Villalón,

Reġistratur: A. Calot Escobar,

wara li rat il-proċedura bil-miktub,

wara li kkunsidrat l-osservazzjonijiet ippreżentati:

— għal Dr. Falk Pharma GmbH, minn M. Ulshöfer, avukat,

* Lingwa tal-kawża: il-Ġermaniż.

— għad-DAK-Gesundheit, minn A. Csaki, avukat,

— għal Kohlpharma GmbH, minn C. Stumpf, avukat,

— għall-Gvern Ġermaniż, minn T. Henze u A. Lippstreu, bħala aġenti,

— għall-Gvern Elleniku, minn K. Nasopoulou u S. Lekkou, bħala aġenti,

— għall-Gvern Svediż, minn A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren kif ukoll minn E. Karlsson, L. Swedenborg u F. Sjövall, bħala aġenti,

— għall-Kummissjoni Ewropea, minn C. Hermes u A. Tokár, bħala aġenti,

wara li rat id-deċiżjoni, meħuda wara li nstema' l-Avukat Ġenerali, li l-kawża tinqata' mingħajr konklużjonijiet,

tagħti l-preżenti

Sentenza

1 It-talba għal deċiżjoni preliminari tirrigwarda l-interpretazzjoni tal-Artikolu 1(2)(a) tad-Direttiva 2004/18/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004, fuq koordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi [kuntratti pubbliċi għal xogħlijiet, għal provvisti u għal servizzi] (ĠU Edizzjoni Speċjali bil-Malti, Kapitolu 6, Vol. 7, p. 132).

2 Din it-talba tressqet fil-kuntest ta' kawża bejn Dr. Falk Pharma GmbH (iktar 'il quddiem "Falk") u d-DAK-Gesundheit (iktar 'il quddiem id-"DAK"), fond ta' assigurazzjoni għall-mard, fil-preżenza ta' Kohlpharma GmbH, dwar proċedura mibdija mid-DAK bl-għan li jikkonkludi ftehimiet ta' roħs tal-prezz ma' impriżi li jikkummerċjalizzaw prodott mediċinali li l-ingredjent attiv tiegħu huwa l-mesalazine, u li wasslet għall-konklużjoni ta' tali ftehim ma' Kohlpharma.

Il-kuntest ġuridiku

Id-dritt tal-Unjoni

3 Il-premessi 2 u 3 tad-Direttiva 2004/18 huma redatti kif ġej:

"(2) L-għoti tal-kuntratti ffinalizzati fl-Istati Membri f'isem l-Istat, l-awtoritajiet reġjonali u lokali u korpi oħra mmexxija minn entitajiet legali pubbliċi, huwa soġġett li josserva l-prinċipji tat-Trattat u in partikolari għall-prinċipji tal-moviment ħieles tal-prodotti, il-prinċipju ta' l-istabbiliment ħieles u l-prinċipju tal-libertà li tipprovdi servizzi u l-prinċipji li jitnisslu minn dawn, bħal ma huwa il-prinċipju tat-trattament ugwali, il-prinċipju ta' bla diskriminazzjoni, il-prinċipju ta' għarfien reċiproku, il-prinċipju tal-proporzjonalità u l-prinċipju tat-trasparenza. Madankollu, għall-kuntratti pubbliċi li jaqbżu ċertu ammont, huwa rakkomandat li jinħarġu dispożizzjonijiet ta' kordinazzjoni Komunitarja tal-proċeduri nazzjonali għall-għoti ta' kuntratti bħal dawn li huma bbażati fuq dawn il-prinċipji sabiex jiġu assigurati l-effetti li dawn jista' jkollhom u biex jiggarantixxu l-bidu tal-kisba għall-kompetizzjoni. Dawn il-dispożizzjonijiet kordinati għandhom għalhekk jiġu interpretati skond ir-regoli imsemmija aktar qabel u l-prinċipji u regoli oħra tat-Trattat.

(3) Disposizzjonijiet kordinati bħal dawn għandhom ikunu konformi sakemm ikun possibli mal-proċeduri u prattiċi preżenti f'kull Stat Membru."

4 Il-premessa 11 ta' din id-direttiva tistabbilixxi:

"Definizzjoni Komunitarja ta' qafas ta' ftehim [ftehimiet qafas], flimkien mar-regoli speċifiċi fuq il-qafas ta' ftehim konklużi għall-kuntratti li jaqgħu taħt l-iskop ta' din id-Direttiva għandhom jiġu pprovduti. Taħt dawn ir-regoli, meta l-awtorità kuntrattwali tidħol fil-qafas ta' ftehim skond il-disposizzjonijiet ta' din id-Direttiva relatata, b'mod partikolari, għar-riklamar, limitu ta' żmien u l-kondizzjonijiet għat-tfigħ ta' l-offerti, tista' tidħol f'kuntratti bbażati fuq dan il-qafas ta' ftehim matul il-perjodu ta' validità sew billi tapplika t-termini mressqa [stabbiliti] fil-qafas ta' ftehim jew, jekk it-termini kollha [ma ġewx] iffissati bil-quddiem fil-qafas ta' ftehim, billi terġa' tiftaħ il-kompetizzjoni bejn il-partijiet għall-qafas ta' ftehim b'referenza għal dawk it-termini [mhux iffissati.]. [...]"

5 L-Artikolu 1(2)(a) tad-Direttiva 2004/18 jipprovdi li, għall-finijiet tagħha, il- "'[k]untratti pubbliċi' huma kuntratti għall-interess tal-flus [b'titolu oneruż] konklużi bil-miktub bejn wieħed jew aktar operaturi ekonomiċi u li għandhom bħala objettiv tagħhom l-esekuzzjoni tax-xogħlijiet, il-provvista tal-prodotti jew il-disposizzjoni tas-servizzi fi ħdan it-tifsira ta' din id-Direttiva".

6 Fil-paragrafu (5) tiegħu, l-imsemmi Artikolu 1 jiddefinixxi l-kunċett ta' "Qafas ta' ftehim [Ftehim qafas]" bil-kliem li ġej:

"Qafas ta' ftehim" huwa ftehim bejn wieħed jew aktar mill-awtoritajiet kuntrattwali u wieħed jew aktar mill-operaturi ekonomiċi, fejn l-għan huwa li jiġu stabbiliti t-termini li jirregolaw l-kuntratti li jiġu mgħotija f'ċertu perjodu stabbilit, b'mod partikolari fir-rigward tal-prezz u, fejn huma xierqa, il-kwantità prevvista."

7 L-Artikolu 2 tal-imsemmija direttiva huwa fformulat kif ġej:

"L-awtoritajiet kuntrattwali se jistmaw l-operaturi ekonomiċi [b'mod] ugwali u bla diskriminazzjoni u se jaġixxu b'mod trasparenti."

8 L-Artikolu 32 tad-Direttiva 2004/18 jipprovdi:

"[...]

2. Għall-għand li jiġi konklużż kwadri ta' ftehim [ftehimiet qafas], awtoritajiet kontrattwanti għandhom isegwu r-regoli ta' proċedura li sar riferiment għalihom f'din id-Direttiva għall-fażijiet kollha sal-għoti tal-kuntratti bbażati fuq dak il-kwadru ta' ftehim [ftehim qafas]. Il-partijiet f'dan il-kwadru ta' ftehim għandhom ikunu magħżula billi jiġu applikati l-kriterji mniżżlin skond l-Artikolu 53.

Kuntratti ibbażati fuq kwadru ta' ftehim għandhom ikunu mogħtija skond il-proċeduri imniżżlin fil-paragrafi 3 u 4. Dawn il-proċeduri jistgħu jkunu applikati biss bejn l-awtoritajiet kontrattwanti u l-operaturi ekonomiċi oriġinarjament imsieħba fil-kwadru ta' ftehim.

[...]

4. Fejn kwadru ta' ftehim hu konklużż ma' diversi operaturi ekonomiċi, dawn ta' l-aħħar iridu jkunu mill-inqas tlieta fin-numru, safejn ikun hemm numru biżżejjed ta' operaturi eknonomiċi biex jissodisfaw l-kriterji ta' għażla u/jew ta' offerti ammissibli li huma xierqa għall-kriterji ta' għotja.

Kuntratti ibbażati fuq kwadri ta' ftehim [ftehimiet qafas] konklużi ma' diversi operaturi ekonomiċi jistgħu jkunu mogħtija jew:

— b'applikazzjoni tat-termini mniżżlin fil-kwadru ta' ftehim mingħajr ma' terġa' tinfetaħ kompetizzjoni, jew

— fejn mhux it-termini kollha jkunu imniżżlin fil-kwadru ta' ftehim, meta l-partijiet huma mill-ġdid f'kompetizzjoni fuq il-bażi ta' l-istess u, jekk meħtieġ, termini formulati b'aktar preċiżjoni, u, fejn xieraq, termini oħra li sar riferiment għalihom fl-ispeċifikazzjonijiet fil-kwadru ta' ftehim, skond il-proċedura li ġejja:

[...]"

9 Skont l-ewwel paragrafu tal-Artikolu 43 ta' din id-direttiva:

"Għal kull kuntratt, kwadru ta' ftehim [kull ftehim qafas], u kull stabbiliment ta' sistema ta' xiri dinamiku, l-awtoritajiet kontrattwanti għandhom ifasslu rapport bil-miktub li għandu jinkludi għallinqas dan li ġej:

[...]

(e) l-isem ta' min ikun xeħet offerta u rnexxa u r-raġunijiet għala l-offerta tiegħu ġiet magħżula u, jekk magħruf, is-sehem tal-kuntratt jew kwadru ta' ftehim li dak li jkun xeħet l-offerta u rnexxa jkollu l-ħsieb jissottokuntrattja lil partijiet terzi;

[...]"

10 Id-Direttiva 2014/24/UE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tas-26 ta' Frar 2014, dwar l-akkwist pubbliku u li tħassar id-Direttiva 2004/18 (ĠU 2014, L 94, p. 65), li l-atti ta' traspożizzjoni tagħha għandhom, skont l-Artikolu 90(1) tagħha, jidħlu fis-seħħ mhux iktar tard mit-18 ta' April 2016, fl-Artikolu 1(2) tagħha tiddefinixxi l-għoti ta' kuntratt bil-kliem li ġej:

"Fis-sens ta' din id-Direttiva l-akkwist [l-għoti ta' kuntratt] huwa akkwist permezz ta' kuntratt pubbliku ta' xogħlijiet, provvisti jew servizzi minn awtorità kontraenti waħda jew aktar mingħand operaturi ekonomiċi magħżula minn dawk l-awtoritajiet kontraenti, sew jekk ix-xogħlijiet, il-provvisti jew is-servizzi huma maħsuba għal skop pubbliku u sew jekk le."

Id-dritt nazzjonali

11 Skont l-Artikolu 129(1) tas-Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (Kodiċi tas-Sigurtà Soċjali, il-Ħames Ktieb – Sistema Legali ta' Assigurazzjoni għall-Mard, iktar 'il quddiem is-"SGB V"), għall-provvista ta' prodott mediċinali li ġie preskritt permezz tal-indikazzjoni tal-ingredjent attiv tiegħu u li s-sostituzzjoni tiegħu bi prodott mediċinali ieħor b'ingredjent attiv ekwivalenti ma hijiex eskluża mit-tabib li kiteb ir-riċetta, l-ispiżjara għandhom jissostitwixxu l-prodott mediċinali preskritt bi prodott mediċinali b'ingredjent attiv ekwivalenti li għalih ġie konklużż ftehim ta' roħs, skont l-Artikolu 130a(8) tas-SGB V.

12 Skont din l-aħħar dispożizzjoni, il-fondi ta' assigurazzjoni għall-mard jew il-gruppi tagħhom jistgħu jikkonkludu, ma' impriżi farmaċewtiċi, ftehimiet ta' roħs fuq il-prezz tal-bejgħ tal-prodotti mediċinali li jridu jiġu koperti minn dawn il-fondi, ta' tul ta' sentejn.

Il-kawża prinċipali u d-domandi preliminari

13 Fit-28 ta' Awwissu 2013, id-DAL ippubblika, fis-suppliment għall-*Ġurnal Uffiċjali tal-Unjoni Ewropea*, avviż dwar "proċedura ta' ammissjoni" bl-għan li jiġu konklużi ftehimiet ta' roħs, skont l-Artikolu 130a(8) tas-SGB V, dwar prodotti mediċinali li l-ingredjent attiv tagħhom huwa l-mesalazine. Ir-rata ta' roħs kienet stabbilita għal 15 % tal-prezz "tluq mill-fabbrika" u l-perijodu kopert kien mill-1 ta' Ottubru 2013 sat-30 ta' Settembru 2015.

14 Din il-proċedura kienet tipprevedi l-ammissjoni tal-impriżi kollha interessati li jissodisfaw il-kriterji ta' ammissjoni u l-konklużjoni, ma' kull waħda minn dawn l-impriżi, ta' kuntratti identiċi, li t-termini tagħhom kienu ddeterminati minn qabel u mhux negozjabbli. Barra minn hekk, kull impriża oħra li tissodisfa dawn il-kriterji kien għad għandha l-possibbiltà li taderixxi ruħha, bl-istess kundizzjonijiet, mas-sistema ta' ftehimiet ta' roħs matul il-perijodu ta' validità tagħha.

15 L-avviż tat-28 ta' Awwissu 2013 kien jindika li l-imsemmija proċedura ma kinitx suġġetta għal-liġi tal-kuntratti pubbliċi.

16 Kohlpharma kienet l-unika impriża li wriet l-interess tagħha bħala riżultat ta' dan l-avviż. Ġie konkluż kuntratt ma' din l-impriża fil-5 ta' Diċembru 2013. Il-mekkaniżmu ta' sostituzzjoni previst fl-Artikolu 129(1) tas-SGB V ġie implementat, sa mill-1 ta' Jannar 2014, fis-sistema tal-informatika użata mill-ispiżeriji. Il-konklużjoni ta' dan il-kuntratt ġiet ikkomunikata fil-Ġurnal Uffiċjali fit-22 ta' Frar ta' wara.

17 Fis-17 ta' Jannar 2014, Falk ressqet azzjoni quddiem il-Vergabekammer des Bundes (kamra federali tal-kuntratti pubbliċi, il-Ġermanja) intiża sabiex tiġi kkonstatata l-inkompatibbiltà, mal-liġi tal-kuntratti pubbliċi, tal-proċedura ta' ammissjoni mibdija mid-DAK u tal-uniku ftehim li rriżulta minnha. L-Oberlandesgericht Düsseldorf (qorti reġjonali superjuri ta' Düsseldorf, il-Ġermanja) ħadet konjizzjoni ta' din l-azzjoni fl-appell.

18 Fil-kuntest tal-imsemmija azzjoni, Falk issostni li l-liġi tal-kuntratti pubbliċi hija applikabbli meta organu li huwa awtorità kontraenti jikseb oġġetti fis-suq u meta din il-liġi tkun timponi li jkun hemm sejħa għal offerti, li jimplika l-konklużjoni ta' kuntratti esklużivi.

19 Għall-kuntrarju, id-DAK iqis li, sabiex tikseb l-oġġetti u s-servizzi neċessarji għaliha, awtorità kontraenti tista' tirrikorri mhux biss għall-kuntratti pubbliċi, iżda wkoll għal mudelli oħra, u għaldaqstant hija libera tagħti kuntratt b'esklużività, wara deċiżjoni ta' għażla, iżda wkoll li tikkonkludi kuntratti mal-impriżi interessati kollha, mingħajr ma tagħmel għażla. Issa, l-eżistenza ta' deċiżjoni ta' għażla tkun element konstituttiv tal-kunċett ta' "kuntratt pubbliku" fis-sens tad-Direttiva 2004/18 u tad-dritt tal-Unjoni fil-qasam, b'mod li, fl-assenza ta' għażla, kuntratti bħal dak inkwistjoni fil-kawża prinċipali ma jkunux jikkostitwixxu kuntratti pubbliċi.

20 Min-naħa tagħha, Kohlpharma tqis li l-libertà ta' għażla ta' awtorità kontraenti f'dak li jikkonċerna n-natura tal-kuntratti neċessarji għat-twettiq ta' obbligu ta' servizz pubbliku tinsab fil-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja fil-qasam ta' konċessjonijiet ta' servizzi.

21 Il-qorti tar-rinviju tindika li l-ammissibbiltà tal-azzjoni mressqa minn Falk tiddependi fuq il-punt ta' jekk kuntratt ta' adeżjoni ma' sistema ta' ftehimiet ta' roħs fis-sens tal-Artikolu 130a(8) tas-SGB V konkluż, fil-kuntest ta' proċedura ta' ammissjoni, mal-operaturi ekonomiċi kollha interessati, mingħajr għażla, jikkostitwixxix kuntratt pubbliku fis-sens tal-Artikolu 1(2)(a) tad-Direttiva 2004/18 jew le. Fi kliem ieħor, il-punt huwa dwar jekk kunratt pubbliku huwiex ikkaratterizzat minn għażla tal-awtorità kontraenti, li timplika li l-operatur magħżul għandu esklużività. F'din l-ipoteżi, proċedura ta' ammissjoni intiża għall-konklużjoni ta' kuntratti mal-operaturi ekonomiċi kollha interessati ma tikkostitwixxix proċedura ta' għoti ta' kuntratt pubbliku.

22 Din il-qorti tindika li, dwar din il-kwistjoni, il-ġurisprudenza nazzjonali tvarja. Għal ċerti qrati, kuntratt pubbliku huwa kuntratt li jagħti lill-operatur magħżul esklużività, b'mod li kuntratt li huwa konkluż mal-operaturi kollha li jitolbuh ma jkunx jikkostitwixxi kuntratt pubbliku. Qrati oħra jqisu li kull kuntratt konkluż minn awtorità kontraenti huwa kuntratt pubbliku u li l-għażla ta' wieħed mill-offerenti, u għaldaqstant l-għoti ta' esklużività, huwa obbligu għall-awtorità kontraenti.

23 Il-qorti tar-rinviju hija inklinata taħseb li sistema ta' ftehimiet ta' roħs bħal dak inkwistjoni fil-kawża prinċipali ma tikkostitwixxix kuntratt pubbliku. Fil-fatt, minħabba l-ammissjoni, f'din is-sistema, tal-operaturi kollha li jissodisfaw il-kundizzjonijiet stabbiliti u li jitolbu li jiddaħħlu fiha, ma jkun hemm ebda għażla, għalhekk ma jkun hemm ebda vantaġġ ekonomiku lil operatur u, għaldaqstant, ebda riskju ta' diskriminazzjoni. Issa, hekk kif jirriżulta mill-premessa 2 u mill-Artikolu 2 tad-Direttiva 2004/18, il-liġi tal-kuntratti pubbliċi għandha preċiżament l-għan li tevita l-konsegwenzi negattivi marbuta ma' dan it-tip ta' riskji.

24 Insostenn ta' dawn il-kunsiderazzjonijiet, din il-qorti tagħmel riferiment, minn naħa, għas-sentenza tal-10 ta' Settembru 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), li minnha hija tinferixxi li kuntratt mhux neċessarjament għandu jingħata fil-forma ta' kuntratt pubbliku meta tkun teżisti alternattiva legali li, fil-kuntest tal-kawża prinċipali li tat lok għal dik is-sentenza, kienet tikkonsisti fl-użu minn konċessjoni ta' servizzi. Fil-fatt, la d-dritt primarju u lanqas id-dritt sekondarju ma jidhrulha li jimplikaw li kull akkwist bilfors kellu jsir permezz ta' kuntratt pubbliku. Hija tqis li, minkejja li teżisti distinzjoni bejn kuntratt pubbliku u konċessjoni ta' servizzi, skont in-natura tal-kunsiderazzjoni finanzjarja prevista fil-kuntratt, xejn ma jeskludi li l-eżistenza jew in-nuqqas ta' eżistenza ta' għażla fost l-operaturi ekonomiċi interessati tista' tkun il-bażi ta' distinzjoni oħra. F'dan ir-rigward, l-imsemmija qorti taħseb li s-sentenza tal-15 ta' Lulju 2010, Il-Kummissjoni vs Il-Ġermanja (C-271/08, EU:C:2010:426), tista' b'mod indirett tikkonferma din il-konklużjoni, sa fejn fiha l-Qorti tal-Ġustizzja kkonstatat, fil-punt 73, li d-direttivi fil-qasam tal-kuntratti pubbliċi għandhom l-għan li jeskludu r-riskju li tingħata preferenza lill-offerenti jew lill-kandidati nazzjonali waqt kull għoti ta' kuntratt imwettaq mill-awtoritajiet kontraenti.

25 Min-naħa l-oħra, il-qorti tar-rinviju tagħmel riferiment għad-Direttiva 2014/24, speċjalment għad-definizzjoni tal-kunċett ta' "akkwist pubbliku [għoti ta' kuntratt pubbliku]" introdott f'din id-direttiva, li b'mod espress jagħmel riferiment għall-għażla ta' operaturi ekonomiċi, u għat-tieni paragrafu tal-premessa 4 tal-imsemmija direttiva, li jeskludi mill-kunċett ta' kuntratt pubbliku l-każijiet fejn l-operaturi kollha li ma jissodisfawx ċerti kundizzjonijiet huma awtorizzati jeżegwixxu kompitu mingħajr ebda selettività, b'wieħed mill-eżempji mogħtija jkun jidher li jagħmel riferiment għal sistema paragunabbli ma' dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali. Hija tqis li, minkejja li, f'dan il-każ, id-Direttiva 2014/24 ma hijiex applikabbli *ratione temporis*, id-definizzjoni tal-kunċett ta' "għoti ta' kuntratt pubbliku" li tinsab fiha, filwaqt li d-Direttiva 2004/18 ma tiddefinixxix dan il-kunċett, ma tintroduċi ebda bidla. Fil-fatt, id-dritt tal-Unjoni fil-qasam ta' kuntratti pubbliċi dejjem kien ikkaratterizzat minn element ta' kompetizzjoni.

26 Fl-ipoteżi fejn ikun hemm lok li jitqies li l-għażla hija element karatteristiku ta' kuntratt pubbliku, u għaldaqstant li proċedura ta' ammissjoni għal sistema ta' ftehimiet ta' roħs bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali bħala prinċipju ma hijiex proċedura ta' għoti ta' kuntratt pubbliku, il-qorti tar-rinviju tqis li għandhom jiġu ppreċiżati l-kundizzjonijiet ta' regolarità ta' tali proċedura ta' ammissjoni, li l-osservanza tagħha tkun neċessarja sabiex awtorità kontraenti tkun tista' tirrinunzja milli tirrikorri għal proċedura ta' għoti ta' kuntratt pubbliku li timplika l-għażla ta' operatur wieħed jew diversi operaturi.

27 Din il-qorti tenfasizza li l-prinċipji ta' nondiskriminazzjoni u ta' ugwaljanza fit-trattament kif ukoll l-obbligu ta' trasparenza, li jirriżultaw qabel kollox mid-dritt primarju, iwasslu għal rekwiżiti proċedurali u materjali li jimponu ruħhom ukoll fil-kuntest ta' din il-proċedura ta' ammissjoni, sabiex

jiġi ggarantit li din tkun effettivament eżenti minn kwalunkwe selettività, u li ma tagħti vantaġġ kompetittiv lil ebda operatur. Issa, il-modalitajiet ta' organizzazzjoni ta' proċedura ta' ammissjoni jistgħu joħolqu diskriminazzjonijiet u inugwaljanzi fit-trattament.

28 Il-kundizzjonijiet ta' regolarità ta' tali proċedura jistgħu jkunu pubbliċità fuq l-iskala tal-Unjoni li tikkonċerna l-ftuħ ta' din il-proċedura u l-kuntratti li ser ikunu konklużi fil-kuntest tagħha, iċ-ċarezza tar-regoli li jirregolaw l-ammissjoni, l-iffissar *a priori* tat-termini tal-kuntratti ta' adeżjoni mas-sistema ta' ftehimiet ta' roħs u possibbiltà ta' adeżjoni f'kull mument.

29 Din il-possibbiltà ta' adeżjoni f'kull mument tiddistingwi proċedura ta' ammissjoni bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali minn proċedura ta' għoti ta' ftehim qafas irregolat mill-Artikolu 32 tad-Direttiva 2004/18. Fil-fatt, ir-rekwiżit impost fit-tieni subparagrafu tal-paragrafu (2) ta' dan l-artikolu, li jgħid li l-kuntratti bbażati fuq ftehim qafas jistgħu jiġu konklużi biss mal-operaturi ekonomiċi li huma parti għal dak il-ftehim qafas, jirriżulta min-natura selettiva ta' dan it-tip ta' ftehim. Skont il-qorti tar-rinviju, l-impożizzjoni ta' tali limitazzjoni fil-kuntest ta' proċedura ta' ammissjoni, billi jiġi stabbilit terminu li wara li jgħaddi ma jibqax possibbli għal operatur li jaderixxi ruħu mas-sistema ta' ftehimiet ta' roħs, ikollha effett diskriminatorju, għaliex tkun tagħti vantaġġ kompetittiv lill-operaturi li jkunu aderixxew ruħhom ma' din is-sistema.

30 Din il-qorti tqis li l-mekkaniżmu ta' sostituzzjoni ta' prodott mediċinali previst fl-Artikolu 129 tas-SGB V ma jagħtix tali vantaġġ kompetittiv fil-każ ta' adeżjoni ma' sistema ta' ftehimiet ta' roħs fis-sens tal-Artikolu 130a(8) tal-istess test. Is-sitwazzjoni f'dan ir-rigward tkun differenti meta tali ftehim ta' roħs ikun konkluż fil-kuntest ta' proċedura ta' għoti ta' kuntratt pubbliku. F'dan l-aħħar każ, l-esklużività li jibbenefika minnha l-offerent magħżul ikollha l-konsegwenza li dan igawdi minn pożizzjoni kompetittiva partikolari, bl-għoti tal-kuntratt għaldaqstant ikollu effett determinanti fuq il-kompetizzjoni. Għall-kuntrarju, meta tali ftehimiet ikunu konklużi mal-operaturi interessati kollha, is-sostituzzjoni ta' prodott mediċinali sseħħ fuq il-bażi ta' għażla magħmula mhux mill-awtorità kontraenti, iżda mill-ispiżjar jew mill-pazjent skont il-kundizzjonijiet tax-xiri proposti mill-operaturi li jkunu aderixxew ruħhom mas-sistema ta' ftehimiet ta' roħs. Għaldaqstant jista' jkun li l-prodott ta' wħud fost l-operaturi aderenti jinxtara rarament ħafna. L-istess ikun il-każ jekk, bħal f'dan il-każ, operatur wieħed biss ikun aderixxa ruħu. Fil-fatt, billi tagħti d-dritt ta' adeżjoni f'kull mument lil kull operatur interessat, l-awtorità kontraenti tirrinunzja li teżerċita influwenza fuq is-sitwazzjoni kompetittiva, liema sitwazzjoni tiddependi mhux fuq il-possibbiltà ta' sostituzzjoni tal-prodotti mediċinali tal-operaturi aderenti, iżda fuq id-deċiżjoni meħuda minn kull operatur potenzjalment interessat li jipparteċipa jew le fis-sistema ta' ftehimiet ta' roħs.

31 F'dawn iċ-ċirkustanzi, l-Oberlandesgericht Düsseldorf (qorti reġjonali superjuri ta' Düsseldorf) iddeċidiet li tissospendi l-proċeduri quddiemha u li tagħmel lill-Qorti tal-Ġustizzja d-domandi preliminari li ġejjin:

"1) Id-definizzjoni ta' "kuntratt pubbliku" fis-sens tal-Artikolu 1(2)(a) [li tidher fl-Artikolu 1(2)(a)] tad-Direttiva 2004/18, ma tibqax tapplika jekk awtorità kontraenti torganizza proċedura ta' ammissjoni li fil-kuntest tagħha hija tagħti kuntratt mingħajr ma tagħżel operatur ekonomiku jew diversi operaturi ekonomiċi?

2) Jekk għandha tingħata risposta għall-ewwel domanda fis-sens li l-għażla ta' operatur ekonomiku jew ta' diversi operaturi ekonomiċi hija karatteristika ta' kuntratt pubbliku, [...] l-element karatteristiku marbut mal-għażla ta' operaturi ekonomiċi [li jkun jimplika, f'din l-ipoteżi, il-kunċett ta' "kuntratt pubbliku"] fis-sens tal-Artikolu 1(2)(a) tad-Direttiva 2004/18, għandu jiġi interpretat, fid-dawl tal-Artikolu 2 tal-imsemmija direttiva, fis-sens li awtorità kontraenti tista' tirrinunzja li tagħżel operatur ekonomiku jew diversi operaturi ekonomiċi fi proċedura ta' ammissjoni biss jekk il-kundizzjonijiet li ġejjin jiġu ssodisfatti:

— issir, fuq il-livell tal-Ewropa, pubblikazzjoni dwar l-eżekuzzjoni ta' proċedura ta' ammissjoni,

— jiġu ffissati regoli ċari rigward il-konklużjoni tal-kuntratt u l-adeżjoni mal-kuntratt,

— it-termini tal-kuntratt jiġu ffissati minn qabel b'mod li l-ebda operatur ekonomiku ma jkun jista' jinfluwenza l-kontenut tal-kuntratt,

— l-operaturi ekonomiċi jibbenefikaw, f'kull ħin, minn dritt għal adeżjoni u

— ssir komunikazzjoni, fuq il-livell tal-Ewropa, tal-kuntratti konklużi?"

Fuq id-domandi preliminari

Fuq l-ewwel domanda

32 Permezz tal-ewwel domanda tagħha, il-qorti tar-rinviju essenzjalment tistaqsi jekk l-Artikolu 1(2)(a) tad-Direttiva 2004/18 għandux jiġi interpretat fis-sens li hemm lok li tiġi kkwalifikata bħala kuntratt pubbliku, fis-sens ta' din id-direttiva, sistema ta' ftehimiet, bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, li permezz tagħha entità pubblika jkollha l-intenzjoni takkwista oġġetti fis-suq billi tikkonkludi kuntratti, matul iż-żmien kollu ta' validità ta' din is-sistema, ma' kull operatur ekonomiku li jimpenja ruħu li jipprovdi l-oġġetti kkonċernati b'kundizzjonijiet stabbiliti minn qabel, mingħajr ma tagħmel għażla bejn l-operaturi interessati u billi tippermetti lil dawn illi jaderixxu ruħhom mal-imsemmija sistema matul iż-żmien kollu ta' validità tagħha.

33 Ċertament, hekk kif jirrilevaw ċerti partijiet interessati li ppreżentaw osservazzjonijiet bil-miktub quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja, tali sistema tagħti lok għall-konklużjoni ta' kuntratti b'titolu oneruż bejn entità pubblika, li tista' tikkostitwixxi awtorità kontraenti fis-sens tad-Direttiva 2004/18, u operaturi ekonomiċi li l-iskop tagħhom huwa l-provvista ta' oġġetti, li jikkorrispondi għad-definizzjoni tal-kunċett ta' "kuntratt pubbliku" imsemmi fl-Artikolu 1(2)(a) ta' din id-direttiva.

34 Madankollu, hemm lok li jiġi rrilevat, minn naħa, li, skont il-premessa 2 tal-imsemmija direttiva, id-dispożizzjonijiet ta' koordinazzjoni li din tistabbilixxi għandhom jiġu interpretati b'konformità mal-prinċipji tat-Trattat FUE, b'mod partikolari l-prinċipji ta' moviment liberu tal-merkanzija, ta' libertà ta' stabbiliment u ta' libertà li jiġu pprovduti servizzi, kif ukoll il-prinċipji li jirriżultaw minnhom, bħall-ugwaljanza fit-trattament, in-nondiskriminazzjoni, ir-rikonoxximent reċiproku, il-proporzjonalità u t-trasparenza, li għalihom huma suġġetti l-għotjiet tal-kuntratti pubbliċi mwettqa fl-Istati Membri.

35 Min-naħa l-oħra, peress li l-koordinazzjoni, fil-livell tal-Unjoni, tal-proċeduri ta' għoti tal-kuntratti pubbliċi għal servizzi hija intiża, għaldaqstant, li tipproteġi l-interessi tal-operaturi ekonomiċi stabbiliti fi Stat Membru li jkun jixtieq joffri oġġetti jew servizzi lill-awtoritajiet kontraenti stabbiliti fi Stat Membru ieħor, l-għan tad-Direttiva 2004/18 huwa li teskludi r-riskju li tingħata preferenza lill-offerenti jew lill-kandidati nazzjonali waqt kwalunkwe għoti ta' kuntratt imwettaq mill-aworitajiet kontraenti (ara f'dan is-sens, fir-rigward tad-direttiva dwar il-kuntratti pubbliċi għal servizzi fis-seħħ preċedentement, is-sentenza tal-10 ta' Novembru 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, punti 41 u 42 kif ukoll il-ġurisprudenza ċċitata).

36 Issa, essenzjalment, ir-riskju li l-operaturi ekonomiċi nazzjonali jiġu ffavorizzati, li l-imsemmija direttiva għandha l-intenzjoni li tneħħi, huwa marbut mill-qrib ħafna mal-għażla li l-awtorità kontraenti jkollha l-intenzjoni twettaq fost l-offerti ammissibbli u mal-esklużività li tirriżulta mill-għoti tal-kuntratt meqjus lill-operatur li l-offerta tiegħu tkun intgħażlet, jew lill-operaturi ekonomiċi li l-offerti tagħhom ikunu ntgħażlu fil-każ ta' ftehim qafas, u dan jikkostitwixxi l-għan ta' proċedura ta' għoti ta' kuntratt pubbliku.

37 Konsegwentement, meta entità pubblika tipprova tikkonkludi kuntratti ta' provvista mal-operaturi ekonomiċi kollha li jkunu jixtiequ jipprovdu l-prodotti kkonċernati bil-kundizzjonijiet indikati minn din l-entità, l-assenza ta' ħatra ta' operatur ekonomiku li tingħatalu l-esklużività ta' kuntratt għandha l-konsegwenza li ma tkunx teżisti l-ħtieġa li l-azzjoni ta' din l-awtorità kontraenti tiġi rregolata permezz ta' regoli preċiżi tad-Direttiva 2004/18 b'mod li jxekkilha milli tagħti kuntratt billi tiffavorixxi lill-operaturi nazzjonali.

38 L-għażla ta' offerta, u għaldaqstant ta' offerent magħżul, għalhekk tidher bħala li hija element intrinsikament marbut mar-regolamentar tal-kuntratti pubbliċi permezz ta' din id-direttiva u, konsegwentement, mal-kunċett ta' "kunratt pubbliku" fis-sens tal-Artikolu 1(2)(a) tagħha.

39 Din il-konstatazzjoni hija kkorroborata mill-punt (e) tal-ewwel paragrafu tal-Artikolu 43 tad-Direttiva 2004/18, li fi kliemu, għal kull kuntratt, kull ftehim qafas u kull implementazzjoni ta' sistema ta' akkwist dinamiku, l-awtoritajiet kontraenti għandhom jistabbilixxu rapport bil-miktub li jinkludi isem l-offerent magħżul u l-ġustifikazzjoni għall-għażla tal-offerta tiegħu.

40 Barra minn hekk, għandu jiġi rrilevat li dan il-prinċipju huwa stabbilit b'mod espress fid-definizzjoni tal-kunċett ta' "l-akkwist [għoti ta' kuntratt]" li issa tinsab imniżżla fl-Artikolu 1(2) tad-Diretiva 2014/24, li element minnu huwa l-għażla, mill-awtorità kontraenti, tal-operatur ekonomiku li mingħandu hija ser takkwista, permezz ta' kuntratt pubbliku, ix-xogħlijiet, il-provvisti jew is-servizzi li huma s-suġġett ta' dak il-kuntratt.

41 Fl-aħħar nett għandu jiġi rrilevat li l-partikolarità ta' sistema ta' ftehimiet bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, li tinsab fil-ftuħ permanenti tagħha, matul iż-żmien kollu ta' validità tagħha, għall-operturi interessati, u għaldaqstant ma hijiex limitata għal perijodu preliminari li matulu l-impriżi jkunu msejħa juru l-interess tagħhom mal-entità pubblika kkonċernata, hija biżżejjed sabiex issir distinzjoni bejn din is-sistema u ftehim qafas. Fil-fatt, konformement mat-tieni subparagrafu tal-Artikolu 32(2) tad-Direttiva 2004/18, il-kuntratti bbażati fuq ftehim qafas jistgħu jingħataw biss lill-operaturi ekonomiċi li oriġinarjament kienu parti għal dan il-ftehim qafas.

42 Għaldaqstant hemm lok li r-risposta għall-ewwel domanda magħmula tkun li l-Artikolu 1(2)(a) tad-Direttiva 2004/18 għandu jiġi interpretat fis-sens li ma tikkostitwixxix kuntratt pubbliku fis-sens ta' din id-direttiva, sistema ta' ftehimiet, bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, li permezz tagħha entità pubblika jkollha l-intenzjoni takkwista oġġetti fis-suq billi tikkonkludi kuntratti, matul iż-żmien kollu ta' validità ta' din is-sistema, ma' kull operatur ekonomiku li jimpenja ruħu li jipprovdi l-oġġetti kkonċernati b'kundizzjonijiet stabbiliti minn qabel, mingħajr ma tagħmel għażla bejn l-operaturi interessati u billi tippermetti lil dawn illi jaderixxu ruħhom mal-imsemmija sistema matul iż-żmien kollu ta' validità tagħha.

Fuq it-tieni domanda

43 Permezz tat-tieni domanda tagħha, il-qorti tar-rinviju essenzjalment tistaqsi għal liema kundizzjonijiet hija suġġetta r-regolarità, fir-rigward tad-dritt tal-Unjoni, ta' proċedura ta' ammissjoni għal sistema ta' ftehimiet bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali.

44 Għandu jiġi rrilevat li tali proċedura, sa fejn is-suġġett tagħha jkollu interess transkonfinali ċert, hija suġġetta għar-regoli fundamentali tat-Trattat FUE, b'mod partikolari għall-prinċipji ta' nondiskriminazzjoni u ta' ugwaljanza fit-trattament bejn l-operaturi ekonomiċi kif ukoll għall-obbligu ta' trasparenza li jirriżulta minnhom, b'dan l-aħħar obbligu jkun jimponi li ssir pubbliċità adegwata. F'dan ir-rigward, f'sitwazzjoni bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, l-Istati Membri għandhom ċertu marġni ta' diskrezzjoni għall-finijiet tal-adozzjoni ta' miżuri intiżi li jiggarantixxu l-osservanza tal-prinċipju ta' ugwaljanza fit-trattament u tal-obbligu ta' trasparenza.

45 Madankollu, ir-rekwiżit ta' trasparenzi jimplika pubblikità li tippermetti lil operaturi ekonomiċi potenzjalment interessati sabiex debitament isiru jafu bl-iżvolġiment u bil-karatteristiċi essenzjali ta' proċedura ta' ammissjoni bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali.

46 Hija l-qorti tar-rinviju li għandha tevalwa jekk il-proċedura ta' ammissjoni inkwistjoni fil-kawża prinċipali tissodisfax dawn ir-rekwiżiti.

47 Għalhekk, ir-risposta għat-tieni domanda magħmula għandha tkun li, sa fejn is-suġġett ta' proċedura ta' ammissjoni għal sistema ta' ftehimiet bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali jkollu interess transkonfinali ċert, din għandha tiġi maħluqa u organizzata b'konformità mar-regoli fundamentali tat-Trattat FUE, b'mod partikolari mal-prinċipji ta' nondiskriminazzjoni u ta' ugwaljanza fit-trattament bejn operaturi ekonomiċi kif ukoll mal-obbligu ta' trasparenza li jirriżulta minnhom.

Fuq l-ispejjeż

48 Peress li l-proċedura għandha, fir-rigward tal-partijiet fil-kawża prinċipali, in-natura ta' kwistjoni mqajma quddiem il-qorti tar-rinviju, hija din il-qorti li tiddeċiedi fuq l-ispejjeż. L-ispejjeż sostnuti għas-sottomissjoni tal-osservazzjonijiet lill-Qorti tal-Ġustizzja, barra dawk tal-imsemmija partijiet, ma jistgħux jitħallsu lura.

Għal dawn il-motivi, Il-Qorti tal-Ġustizzja (Il-Ħames Awla) taqta' u tiddeċiedi:

1) L-Artikolu 1(2)(a) tad-Direttiva 2004/18/KE tal-Parlament Ewropew u tal-Kunsill, tal-31 ta' Marzu 2004, fuq koordinazzjoni ta' proċeduri għall-għoti ta' kuntratti għal xogħlijiet pubbliċi, kuntratti għal provvisti pubbliċi u kuntratti għal servizzi pubbliċi [kuntratti pubbliċi għal xogħlijiet, għal provvisti u għal servizzi], għandu jiġi interpretat fis-sens li ma tikkostitwixxix kuntratt pubbliku fis-sens ta' din id-direttiva, sistema ta' ftehimiet, bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali, li permezz tagħha entità pubblika jkollha l-intenzjoni takkwista oġġetti fis-suq billi tikkonkludi kuntratti, matul iż-żmien kollu ta' validità ta' din is-sistema, ma' kull operatur ekonomiku li jimpenja ruħu li jipprovdi l-oġġetti kkonċernati b'kundizzjonijiet stabbiliti minn qabel, mingħajr ma tagħmel għażla bejn l-operaturi interessati u billi tippermetti lil dawn illi jaderixxu ruħhom mal-imsemmija sistema matul iż-żmien kollu ta' validità tagħha.

2) Sa fejn is-suġġett ta' proċedura ta' ammissjoni għal sistema ta' ftehimiet bħal dik inkwistjoni fil-kawża prinċipali jkollu interess transkonfinali ċert, din għandha tiġi maħluqa u organizzata b'konformità mar-regoli fundamentali tat-Trattat FUE, b'mod partikolari mal-prinċipji ta' nondiskriminazzjoni u ta' ugwaljanza fit-trattament bejn operaturi ekonomiċi kif ukoll mal-obbligu ta' trasparenza li jirriżulta minnhom.

Firem