Zbiór Orzeczeń

WYROK TRYBUNAŁU (piąta izba)

z dnia 2 czerwca 2016 r.*

Odesłanie prejudycjalne — Zamówienia publiczne — Dyrektywa 2004/18/WE — Artykuł 1 ust. 2 lit. a) — Pojęcie „zamówienia publicznego” — System zakupów towarów polegający na dopuszczeniu w charakterze dostawcy wszystkich wykonawców, którzy spełniają z góry ustalone warunki — Dostawa refundowanych produktów leczniczych w ramach ogólnego systemu zabezpieczenia społecznego — Umowy zawarte między kasą ubezpieczenia zdrowotnego a wszystkimi dostawcami produktów leczniczych opartych na danej substancji czynnej, którzy zgadzają się udzielić rabatu od ceny sprzedaży w z góry ustalonej wysokości — Ustawodawstwo przewidujące co do zasady zastąpienie refundowanego produktu leczniczego wprowadzonego do obrotu przez wykonawcę, który nie zawarł takiej umowy, produktem leczniczym tego samego rodzaju wprowadzonym do obrotu przez wykonawcę, który zawarł taką umowę

W sprawie C-410/14

mającej za przedmiot wniosek o wydanie, na podstawie art. 267 TFUE, orzeczenia w trybie prejudycjalnym, złożony przez Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Dusseldorfie, Niemcy) postanowieniem z dnia 13 sierpnia 2014 r., które wpłynęło do Trybunału w dniu 29 sierpnia 2014 r., w postępowaniu:

Dr. Falk Pharma GmbH

przeciwko

DAK-Gesundheit,

przy udziale:

Kohlpharma GmbH,

TRYBUNAŁ (piąta izba),

w składzie: T. von Danwitz, prezes czwartej izby, pełniący obowiązki prezesa piątej izby, D. Šváby (sprawozdawca), A. Rosas, E. Juhász i C. Vajda, sędziowie,

rzecznik generalny: P. Cruz Villalón,

sekretarz: A. Calot Escobar,

uwzględniając pisemny etap postępowania,

* Jezyk postępowania :niemiecki.

rozważywszy uwagi przedstawione:

— w imieniu Dr. Falk Pharma GmbH przez M. Ulshöfera, Rechtsanwalt,

— w imieniu DAK-Gesundheit przez A. Csakiego, Rechtsanwalt,

— w imieniu Kohlpharma GmbH przez C. Stumpfa, Rechtsanwalt,

— w imieniu rządu niemieckiego przez T. Henzego i A. Lippstreu, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu greckiego przez K. Nasopoulou oraz S. Lekkou, działające w charakterze pełnomocników,

— w imieniu rządu szwedzkiego przez A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlssona, L. Swedenborga i F. Sjövalla, działających w charakterze pełnomocników,

— w imieniu Komisji Europejskiej przez C. Hermesa oraz A. Tokára, działających w charakterze pełnomocników,

podjąwszy, po wysłuchaniu rzecznika generalnego, decyzję o rozstrzygnięciu sprawy bez opinii,

wydaje następujący

Wyrok

1 Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym dotyczy wykładni art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.U. 2004, L 134, s. 114).

2 Wniosek ten został przedstawiony w ramach sporu między Dr. Falk Pharma GmbH (zwaną dalej „spółką Falk") a DAK-Gesundheit (zwaną dalej „DAK"), kasą ubezpieczenia zdrowotnego, przy udziale spółki Kohlpharma GmbH, w przedmiocie postępowania wszczętego przez DAK w celu zawarcia umów rabatowych w zakresie cen z przedsiębiorstwami wprowadzającymi do obrotu produkt leczniczy zawierający substancję czynną mesalazynę, w wyniku którego została zawarta umowa ze spółką Kohlpharma.

Ramy prawne

Prawo Unii

3 Motywy 2 i 3 dyrektywy 2004/18 mają następujące brzmienie:

„(2) Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy w imieniu państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, podlega poszanowaniu zasad traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Niemniej jednak w przypadku zamówień publicznych powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób umożliwiający ich skuteczne wdrożenie oraz zapewniający otwarcie

zamówień publicznych na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi regułami traktatu.

(3) Przepisy koordynujące powinny tak dalece jak to możliwe uwzględniać obecne procedury i praktyki każdego z państw członkowskich".

4 Motyw 11 tej dyrektywy wskazuje:

„Należy sformułować wspólnotową definicję umów ramowych, wraz z przepisami szczególnymi dotyczącymi umów ramowych zawieranych w związku z zamówieniami wchodzącymi w zakres niniejszej dyrektywy. Na mocy tych przepisów w przypadku gdy instytucja zamawiająca zawiera, zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy, umowę ramową odnoszącą się, w szczególności, do ogłoszeń, terminów i warunków składania ofert, może ona udzielić zamówienia na podstawie takiej umowy ramowej w okresie jej obowiązywania, stosując warunki określone w umowie ramowej lub – jeśli nie wszystkie warunki zostały z góry ustalone w umowie ramowej – poprzez ponowne otwarcie zamówienia na konkurencję pomiędzy stronami umowy ramowej w odniesieniu do tych warunków […]".

5 Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 stanowi, że „»zamówienia publiczne« oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie pomiędzy jedną lub więcej instytucjami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, których przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług w rozumieniu niniejszej dyrektywy".

6 Wspomniany art. 1 definiuje w ust. 5 pojęcie „umowy ramowej" następująco:

„»Umowa ramowa« oznacza umowę zawartą pomiędzy jedną lub kilkoma instytucjami zamawiającymi a jednym lub kilkoma wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości".

7 Artykuł 2 wspomnianej dyrektywy ma następujące brzmienie:

„Instytucje zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty".

8 Artykuł 32 dyrektywy 2004/18 stanowi:

„[…]

2. W celu zawarcia umowy ramowej instytucje zamawiające przestrzegają reguł proceduralnych, o których mowa w niniejszej dyrektywie, na wszystkich etapach, aż do udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej. Strony umowy ramowej wybierane są poprzez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia określonych zgodnie z art. 53.

Zamówień opartych na umowach ramowych udziela się zgodnie z procedurami określonymi w ust. 3 i 4. Procedury te mogą być stosowane wyłącznie pomiędzy instytucjami zamawiającymi i wykonawcami, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej.

[…]

4. W przypadku gdy umowa ramowa zawierana jest z kilkoma wykonawcami, ich liczba nie może być mniejsza od trzech, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców spełniających kryteria kwalifikacji lub dopuszczalnych ofert spełniających kryteria udzielania zamówień.

Zamówienia oparte na umowach ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami mogą być udzielane:

— poprzez zastosowanie warunków określonych w umowie ramowej bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej, lub

— w przypadku gdy nie wszystkie warunki określone zostały w umowie ramowej – po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej dla stron umowy na tych samych i, jeśli to konieczne, szczegółowiej sprecyzowanych warunkach, oraz, o ile ma to zastosowanie, na innych warunkach wskazanych w specyfikacji umowy ramowej, zgodnie z następującą procedurą:

[…]”.

9 Artykuł 43 akapit pierwszy dyrektywy brzmi następująco:

„W odniesieniu do każdego zamówienia, umowy ramowej oraz dynamicznego systemu zakupów instytucja zamawiająca sporządza pisemne sprawozdanie, zawierające co najmniej:

[…]

e) nazwę wybranego oferenta oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie tej części zamówienia lub umowy ramowej, którą wybrany oferent zamierza zlecić do wykonania stronom trzecim;

[…]”.

10 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18 (Dz.U. 2014, L 94, s. 65; sprostowanie Dz.U. 2016, L 24, s. 14), do której przepisy stanowiące transpozycję powinny wejść w życie do dnia 18 kwietnia 2016 r., na mocy art. 90 ust. 1 tej dyrektywy, definiuje w art. 1 ust. 2 udzielenie zamówienia następująco:

„Zamówienie w rozumieniu niniejszej dyrektywy stanowi nabycie – w drodze zamówienia publicznego – robót budowlanych, dostaw lub usług przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą od wykonawców wybranych przez te instytucje zamawiające, niezależnie od tego, czy roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone są do celów publicznych”.

Prawo krajowe

11 Na mocy § 129 ust. 1 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (kodeksu ubezpieczeń społecznych, księga V – system prawny ubezpieczenia zdrowotnego, zwanego dalej „SGB V”) w przypadku dostawy produktu leczniczego przepisanego ze wskazaniem jego substancji czynnej, którego zastąpienie produktem leczniczym o równoważnej substancji czynnej nie zostało wykluczone przez lekarza wystawiającego receptę, farmaceuci powinni zastąpić przepisany produkt leczniczy produktem leczniczym o równoważnej substancji czynnej, w odniesieniu do którego została zawarta umowa rabatowa w rozumieniu § 130a ust. 8 SGB V.

12 Zgodnie z tym ostatnim przepisem kasy ubezpieczenia zdrowotnego albo ich grupy mogą zawierać z przedsiębiorstwami farmaceutycznymi na okres dwóch lat umowy rabatowe dotyczące ceny sprzedaży produktów leczniczych, których koszt pokrywają te kasy.

Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

13 W dniu 28 sierpnia 2013 r. DAK opublikował w suplemencie do *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej* ogłoszenie dotyczące „postępowania dopuszczającego" w celu zawarcia zgodnie z § 130a ust. 8 SGB V umów rabatowych dotyczących produktów leczniczych zawierających substancję czynną mesalazyna. Wysokość rabatu ustalono na 15% ceny sprzedaży producenta, a umowy obejmowały okres od 1 października 2013 r. do 30 sierpnia 2015 r.

14 Postępowanie to przewidywało dopuszczenie wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw spełniających kryteria dopuszczania oraz zawarcie z każdym przedsiębiorstwem identycznej umowy, której warunki zostały z góry ustalone i nie podlegały negocjacji. Poza tym każde inne przedsiębiorstwo spełniające te kryteria zachowywało cały czas możliwość przystąpienia na takich samych warunkach do systemu umów rabatowych w okresie ważności tego systemu.

15 Ogłoszenie z dnia 28 sierpnia 2013 r. wskazywało, że wspomniane postępowanie nie podlega prawu zamówień publicznych.

16 Spółka Kohlpharma była jedynym przedsiębiorstwem, które wyraziło zainteresowanie dopuszczeniem do postępowania w następstwie opublikowania wspomnianego ogłoszenia. W dniu 5 grudnia 2013 r. została z tym przedsiębiorstwem zawarta umowa. Mechanizm zastąpienia przewidziany w § 129 ust. 1 SGB V został wdrożony od dnia 1 stycznia 2014 r. w systemie informatycznym wykorzystywanym przez apteki. Zawarcie tej umowy stało się przedmiotem obwieszczenia zamieszczonego w Dzienniku Urzędowym w dniu 22 lutego tego roku.

17 W dniu 17 stycznia 2014 r. spółka Falk wniosła do Vergabekammer des Bundes (federalnej izby zamówień publicznych, Niemcy) odwołanie zmierzające do stwierdzenia niezgodności z prawem zamówień publicznych postępowania dopuszczającego wszczętego przez DAK oraz jedynej umowy zawartej w jego wyniku. Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Dusseldorfie) jest sądem właściwym do rozpoznania apelacji.

18 W ramach wspomnianego odwołania spółka Falk twierdzi, że prawo zamówień publicznych ma zastosowanie wówczas, gdy podmiot mający status instytucji zamawiającej nabywa towary na rynku i że prawo to zobowiązuje do przeprowadzenia postępowania otwartego na konkurencję, co wiąże się z zawarciem umów wyłącznych.

19 DAK uważa, przeciwnie, że w celu nabycia niezbędnych towarów i usług, instytucja zamawiająca może skorzystać nie tylko z trybu zamówień publicznych, ale także z innych trybów, a zatem może swobodnie udzielić wyłącznego zamówienia w następstwie decyzji w sprawie wyboru, ale także zawrzeć umowy ze wszystkimi zainteresowanymi przedsiębiorstwami bez dokonywania wyboru. Otóż istnienie decyzji w sprawie wyboru jest elementem składowym pojęcia „zamówienia publicznego" w rozumieniu dyrektywy 2004/18 oraz prawa Unii Europejskiej w tej dziedzinie, wobec czego, w braku dokonywania wyboru, umowy takie jak umowa sporna w postępowaniu głównym nie stanowią zamówienia publicznego.

20 Spółka Kohlpharma uważa zaś, że swoboda instytucji zamawiającej w kwestii dokonania wyboru charakteru umów, których zawarcie jest konieczne do wypełnienie zobowiązania z zakresu usług publicznych, jest ustanowiona w orzecznictwie Trybunału w dziedzinie koncesji na usługi.

21 Sąd odsyłający wyjaśnia, że dopuszczalność odwołania wniesionego przez spółkę Falk zależy od tego, czy umowa w sprawie przystąpienia do systemu umów rabatowych w rozumieniu § 130a ust. 8 SGB V zawarta w ramach postępowania dopuszczającego ze wszystkimi zainteresowanymi wykonawcami, bez dokonania wyboru, stanowi zamówienie publiczne w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18. Innymi słowy chodzi o to, czy wybór dokonany przez instytucję zamawiającą, który oznacza,

że wybranemu wykonawcy przysługuje wyłączność, znamionuje zamówienie publiczne. W tej sytuacji postępowanie dopuszczające, które ma na celu zawarcie umów ze wszystkimi zainteresowanymi wykonawcami, nie stanowi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

22 Sąd ten wskazuje, że orzecznictwo krajowe nie jest jednomyślne w tej kwestii. Dla niektórych sądów zamówieniem publicznym jest umowa przyznająca wybranemu wykonawcy wyłączność, wobec czego umowa w sprawie udzielenia zamówienia ze wszystkimi wykonawcami, którzy o to wnioskują, nie stanowi zamówienia publicznego. Inne sądy uważają, że każda umowa w sprawie udzielenia zamówienia zawarta przez instytucję zamawiającą jest zamówieniem publicznym i że wybór jednego z oferentów, a zatem przyznanie wyłączności, jest obowiązkiem spoczywającym na instytucji zamawiającej.

23 Sąd odsyłający skłania się ku poglądowi, że system umów rabatowych taki jak system rozpatrywany w postępowaniu głównym nie stanowi zamówienia publicznego. Z powodu bowiem dopuszczania w tym systemie wszystkich wykonawców, którzy spełniają określone warunki i którzy wnioskują o włączenie do niego, nie dokonuje się wyboru i w konsekwencji wykonawcy nie zostaje przyznana korzyść gospodarcza, a zatem brak jest ryzyka dyskryminacji. Otóż jak wynika z motywu 2 i z art. 2 dyrektywy 2004/18, celem prawa zamówień publicznych jest właśnie uniknięcie anomalii związanych z tego typu ryzykiem.

24 Sąd ten powołuje się na poparcie tych rozważań, po pierwsze, na wyrok z dnia 10 września 2009 r., Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), z którego wnioskuje, że zamówienie nie musi bezwzględnie zostać udzielone w formie zamówienia publicznego, jeśli istnieje przewidziana prawem alternatywa, polegająca, w ramach sprawy rozpatrywanej w postępowaniu głównym zakończonej tym wyrokiem, na skorzystaniu z koncesjonowania usług. Ani prawo pierwotne, ani prawo wtórne nie wydają się bowiem w opinii tego sądu oznaczać, że każdy zakup powinien obowiązkowo stać się przedmiotem zamówienia publicznego. Sąd ten uważa, że o ile istnieje rozróżnienie między zamówieniem publicznym a koncesją na usługi w zależności od charakteru wynagrodzenia przewidzianego w umowie, o tyle nie można wykluczyć, iż dokonanie lub brak dokonania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców mogłoby uzasadniać inne rozróżnienie. W tym względzie wspomniany sąd uważa, że wyrok z dnia 15 lipca 2010 r., Komisja/Niemcy (C-271/08, EU:C:2010:426) może pośrednio potwierdzać ten wniosek, gdyż Trybunał stwierdził w nim w pkt 73, że celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych jest wykluczenie ryzyka, iż przy udzielaniu zamówienia przez instytucje zamawiające preferowani będą oferenci albo kandydaci krajowi.

25 Po drugie, sąd odsyłający powołuje się na dyrektywę 2014/24, szczególnie na wprowadzoną w tej dyrektywie definicję pojęcia „udzielania zamówienia publicznego", nawiązującą wprost do wyboru wykonawców, oraz na akapit drugi motywu 4 wspomnianej dyrektywy, wykluczający z pojęcia zamówienia publicznego przypadki, w których wszyscy wykonawcy spełniający określone warunki są uprawnieni do wykonania zadania, bez przeprowadzania kwalifikacji, przy czym jeden z podanych przykładów wydaje się odsyłać do systemu porównywalnego z systemem rozpatrywanym w postępowaniu głównym. Sąd ten uważa w niniejszym przypadku, że wprawdzie dyrektywa 2014/24 nie znajduje zastosowania ratione temporis, jednak zawarta w niej definicja pojęcia „udzielania zamówienia publicznego", podczas gdy dyrektywa 2004/18 nie definiuje tego pojęcia, nie wprowadza zmiany. Prawo Unii w dziedzinie zamówień publicznych zawsze charakteryzował bowiem element konkurencji.

26 Sąd odsyłający uważa, iż w sytuacji, w której należy uznać, że wybór jest charakterystycznym elementem zamówienia publicznego, a zatem że postępowanie dopuszczające do systemu umów rabatowych takie jak postępowanie rozpatrywane w postępowaniu głównym nie jest w zasadzie postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego, trzeba uściślić warunki prawidłowości takiego postępowania dopuszczającego, których poszanowanie jest konieczne, aby instytucja zamawiająca mogła zrezygnować z przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wiążącego się z wyborem jednego albo szeregu wykonawców.

27 Sąd ten podkreśla, że wynikające przede wszystkim z prawa pierwotnego zasady niedyskryminacji i równego traktowania oraz obowiązek przejrzystości pociągają za sobą wymogi proceduralne i materialne, które należy stosować również w ramach postępowania dopuszczającego, w celu zagwarantowania, by było ono rzeczywiście pozbawione kwalifikacji w jakiejkolwiek postaci i nie przysparzało przewagi konkurencyjnej żadnemu wykonawcy. Zatem sposób przeprowadzenia postępowania dopuszczającego może skutkować dyskryminacją i nierównym traktowaniem.

28 Warunki prawidłowości takiego postępowania mogłyby obejmować ogłoszenie na terytorium całej Unii informacji o wszczęciu tego postępowania oraz o umowach zawartych w jego ramach, przejrzystość zasad dotyczących dopuszczenia, określenie z góry warunków umów przystąpienia do systemu umów rabatowych oraz możliwość przystąpienia do umowy w każdym czasie.

29 Wspomniana możliwość przystąpienia do umowy w każdym czasie odróżnia postępowanie dopuszczające, takie jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym, od udzielenia zamówienia opartego na umowie ramowej unormowanego w art. 32 dyrektywy 2004/18. Wymóg nałożony w ust. 2 akapit drugi tego artykułu, zgodnie z którym zamówień opartych na umowach ramowych udziela się wykonawcom, którzy są stronami tej umowy ramowej wynika bowiem z selektywnego charakteru tego typu umowy. Wedle sądu odsyłającego wprowadzenie takiego ograniczenia w ramach postępowania dopuszczającego, poprzez określenie terminu przystąpienia operatorów do systemu umów rabatowych, prowadziłoby do dyskryminacji, gdyż przysparzałoby przewagi konkurencyjnej wykonawcom, którzy przystąpili to tego systemu.

30 Sąd ten uważa, że mechanizm zastąpienia produktu leczniczego przewidziany w § 129 SGB V nie przysparza takiej przewagi konkurencyjnej w przypadku przystąpienia do systemu umów rabatowych w rozumieniu § 130a ust. 8 tej ustawy. Mamy do czynienia z sytuacją inną pod tym względem wówczas, gdy taka umowa rabatowa zostaje zawarta w ramach procedury udzielania zamówienia publicznego. W tym ostatnim przypadku wyłączność, która przysługuje zwycięskiemu wykonawcy, skutkuje tym, że korzysta on ze szczególnej pozycji konkurencyjnej, a udzielenie zamówienia ma tym samym determinujący wpływ na konkurencję. Natomiast kiedy takie umowy są zawierane ze wszystkimi zainteresowanymi wykonawcami, zastąpienie produktu leczniczego następuje na podstawie wyboru dokonanego nie przez instytucję zamawiającą, lecz przez farmaceutę albo przez pacjenta w zależności od warunków zakupu zaproponowanych przez wykonawców, którzy przystąpili do systemu umów rabatowych. Mogłaby zatem mieć miejsce sytuacja, w której produkt leczniczy niektórych wykonawców, którzy przystąpili do systemu, byłby bardzo rzadko kupowany. Miałoby to miejsce, nawet gdyby jak w niniejszym przypadku tylko jeden operator przystąpił do systemu. Poprzez przyznanie każdemu zainteresowanemu wykonawcy prawa przystąpienia w każdym czasie do umowy instytucja zamawiająca rezygnuje bowiem z wywierania wpływu na sytuację konkurencyjną, która zależy nie od możliwości zastąpienia produktami leczniczymi oferowanymi przez wykonawców przystępujących do systemu, lecz od decyzji każdego potencjalnie zainteresowanego wykonawcy, czy chce brać udział w systemie umów rabatowych.

31 W powyższych okolicznościach Oberlandesgericht Düsseldorf (wyższy sąd krajowy w Dusseldorfie) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Czy pojęcie »zamówienia publicznego« w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 nie ma zastosowania, w sytuacji gdy instytucje zamawiające przeprowadzają postępowanie dopuszczające wykonawców, w ramach którego udzielają zamówienia, nie dokonując wyboru jednego lub kilku wykonawców?

2) Jeżeli na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi, że wybór jednego lub kilku wykonawców jest znamieniem zamówienia publicznego, zadaje się pytanie: czy znamię wyboru wykonawców [które wiązałoby się w tej sytuacji z pojęciem »zamówienia publicznego«] w rozumieniu art. 1 ust. 2

lit. a) dyrektywy 2004/18 należy w świetle art. 2 dyrektywy 2004/18/WE interpretować w ten sposób, że instytucje zamawiające mogą zrezygnować z wyboru jednego lub kilku z wykonawców w drodze postępowania dopuszczającego jedynie wtedy, gdy spełnione są następujące przesłanki:

— przeprowadzenie postępowania dopuszczającego jest ogłoszone na terytorium całej Unii,

— ustalono jednoznaczne reguły dotyczące zawarcia umowy oraz przystąpienia do umowy,

— warunki umowy są z góry ustalone w taki sposób, że żaden z wykonawców nie ma możliwości wpływu na treść umowy,

— wykonawcy mają w każdym czasie prawo przystąpienia do umowy i

— fakt zawarcia umów będzie ogłaszany na terytorium całej Unii?”.

W przedmiocie pytań prejudycjalnych

W przedmiocie pytania pierwszego

32 Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, że należy uznać za zamówienie publiczne w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności.

33 Co prawda, jak zaznaczają niektórzy zainteresowani, którzy przedstawili Trybunałowi uwagi na piśmie, taki system skutkuje zawarciem umów o charakterze odpłatnym między podmiotem publicznym mogącym działać w charakterze instytucji zamawiającej w rozumieniu dyrektywy 2004/18 oraz wykonawcami dostarczającymi produkty, co odpowiada definicji pojęcia „zamówienia publicznego” zawartej w art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.

34 Należy jednak zaznaczyć, po pierwsze, że zgodnie z motywem 2 wspomnianej dyrektywy ustanowione przez tę dyrektywę przepisy służące koordynacji należy interpretować zgodnie z zasadami traktatu FUE, w szczególności z zasadą swobodnego przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług oraz zgodnie z zasadami z nich się wywodzącymi, jak zasady równego traktowania, niedyskryminacji, wzajemnego uznawania, proporcjonalności i przejrzystości, którym podlega udzielanie zamówień publicznych w państwach członkowskich.

35 Po drugie, w związku z tym, że koordynacja na poziomie Unii procedur udzielania zamówień publicznych na usługi zmierza tym samym do ochrony interesów wykonawców z siedzibą w jednym państwie członkowskim chcących oferować produkty lub świadczyć usługi na rzecz instytucji zmawiających z siedzibą w innym państwie członkowskim, celem dyrektywy 2004/18 jest wykluczenie ryzyka, iż przy udzielaniu zamówienia przez instytucje zamawiające preferowani będą oferenci albo kandydaci krajowi (zob. podobnie, jeśli chodzi o dyrektywę w sprawie zamówień publicznych na usługi obowiązującą wcześniej, wyrok z dnia 10 listopada 1998 r., BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, pkt 41, 42 i przytoczone tam orzecznictwo).

36 Otóż zasadniczo ryzyko preferowania wykonawców krajowych, któremu wspomniana dyrektywa stara się zapobiec, jest ściśle związane z wyborem dokonywanym przez instytucję zamawiającą spośród dopuszczalnych ofert oraz z wyłącznością wynikającą z udzielenia danego zamówienia zwycięskiemu wykonawcy albo zwycięskim wykonawcom w ramach umowy ramowej, co jest celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

37 W konsekwencji kiedy podmiot publiczny zamierza zawrzeć umowy na dostawę ze wszystkimi wykonawcami chcącymi dostarczać omawiane produkty na warunkach wskazanych przez ten podmiot, brak wyznaczenia wykonawcy, któremu przyznana zostałaby wyłączność w zakresie zamówienia, skutkuje tym, że nie istnieje konieczność ujęcia działania tej instytucji zamawiającej w konkretne ramy określone w dyrektywie 2004/18, po to, by nie udzieliła ona zamówienia preferującego wykonawców krajowych.

38 Wybór oferty, a zatem zwycięskiego wykonawcy wydaje się być tym samym elementem nieodłącznie związanym z ujęciem zamówień publicznych w ramy tej dyrektywy i w konsekwencji z pojęciem „zamówienia publicznego” w rozumieniu art. 1 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy.

39 Stwierdzenie to znajduje potwierdzenie w art. 43 akapit pierwszy lit. e) dyrektywy 2004/18, w myśl którego w odniesieniu do każdego zamówienia, umowy ramowej oraz dynamicznego systemu zakupów instytucja zamawiająca sporządza pisemne sprawozdanie, zawierające nazwę wybranego oferenta oraz powody wyboru jego oferty.

40 Należy zresztą zaznaczyć, że zasada ta jest wyraźnie wyrażona w definicji pojęcia „udzielenia zamówienia” zapisanej obecnie w art. 1 ust. 2 dyrektywy 2014/24, której elementem jest wybór przez instytucję zamawiającą wykonawcy, od którego nabędzie ona, w drodze zamówienia publicznego, roboty budowlane, dostawy lub usługi będące przedmiotem tego zamówienia.

41 Wreszcie należy zaznaczyć, że szczególny charakter systemu umów takiego jak system sporny w postępowaniu głównym, polegający na jego stałym otwarciu w całym okresie ważności dla zainteresowanych operatorów, bez ograniczenia go zatem do wstępnego okresu, w którym przedsiębiorstwa zapraszane są do wyrażenia zainteresowania wobec danego podmiotu publicznego, wystarczy, aby odróżnić ten system od umowy ramowej. Zgodnie bowiem z art. 32 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/18 zamówień opartych na umowach ramowych udziela się wyłącznie wykonawcom, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej.

42 Należy zatem odpowiedzieć na pytanie pierwsze, że art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18 należy interpretować w ten sposób, iż nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności.

W przedmiocie pytania drugiego

43 Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, jakie są przesłanki prawidłowości, w świetle prawa Unii, postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym.

44 Należy zaznaczyć, że postępowanie takie, w zakresie, w jakim jego przedmiot posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, podlega podstawowym zasadom traktatu FUE, w szczególności zasadom niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz obowiązkowi przejrzystości, który z niej się wywodzi, przy czym na podstawie tego ostatniego obowiązku wymagane jest dokonanie odpowiedniego

ogłoszenia. W tym względzie państwa członkowskie posiadają w sytuacji takiej jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym pewien zakres uznania w celu przyjęcia środków służących zagwarantowaniu poszanowania zasady równego traktowania i obowiązku przejrzystości.

45 Niemniej jednak wymóg przejrzystości wiąże się z ogłoszeniem pozwalającym potencjalnie zainteresowanym wykonawcom na należyte zapoznanie się z przebiegiem i z istotnymi cechami charakteryzującymi postępowanie dopuszczające, takie jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym.

46 Sąd odsyłający powinien ocenić, czy sporne w postępowaniu głównym postępowanie dopuszczające odpowiada tym wymogom.

47 Na drugie postawione pytanie należy zatem odpowiedzieć, że w zakresie, w jakim przedmiot postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, postępowanie to powinno być zaplanowane i przeprowadzone zgodnie z podstawowymi zasadami traktatu FUE, w szczególności z zasadami niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz z obowiązkiem przejrzystości, który się z nich wywodzi.

W przedmiocie kosztów

48 Dla stron w postępowaniu głównym niniejsze postępowanie ma charakter incydentalny, dotyczy bowiem kwestii podniesionej przed sądem odsyłającym, do niego zatem należy rozstrzygnięcie o kosztach. Koszty poniesione w związku z przedstawieniem uwag Trybunałowi, inne niż koszty stron w postępowaniu głównym, nie podlegają zwrotowi.

Z powyższych względów Trybunał (piąta izba) orzeka, co następuje:

1) **Artykuł 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi należy interpretować w ten sposób, że nie stanowi zamówienia publicznego w rozumieniu tej dyrektywy system umów taki jak system sporny w postępowaniu głównym, poprzez który podmiot publiczny zamierza nabyć na rynku towary w drodze zawierania umów w całym okresie ważności tego systemu z każdym wykonawcą zobowiązującym się dostarczać określone towary na z góry ustalonych warunkach, bez dokonywania wyboru spośród zainteresowanych wykonawców i zezwalając im na przystąpienie do tego systemu w całym okresie jego ważności.**

2) **W zakresie, w jakim przedmiot postępowania dopuszczającego do systemu umów takiego jak postępowanie sporne w postępowaniu głównym posiada niewątpliwie znaczenie transgraniczne, postępowanie to powinno być zaplanowane i przeprowadzone zgodnie z podstawowymi zasadami traktatu FUE, w szczególności z zasadami niedyskryminacji i równego traktowania wykonawców oraz z obowiązkiem przejrzystości, który się z nich wywodzi.**

Podpisy