Zbierka súdnych rozhodnutí

ROZSUDOK SÚDNEHO DVORA (piata komora)

z 2. júna 2016*

„Návrh na začatie prejudiciálneho konania — Verejné zákazky — Smernica 2004/18/ES — Článok 1 ods. 2 písm. a) — Pojem ‚verejná zákazka‘ — Systém obstarávania majetku spočívajúci v prijatí každého hospodárskeho subjektu, ktorý spĺňa vopred stanovené podmienky, ako dodávateľa — Dodávanie liekov hradených v rámci všeobecného systému sociálneho zabezpečenia — Dohody uzavreté medzi zdravotnou poisťovňou a všetkými dodávateľmi liekov s danou účinnou látkou, ktorí súhlasia s poskytnutím zľavy z kúpnej ceny vo vopred určenej výške — Právna úprava, ktorá v zásade stanovuje nahradenie hradeného lieku uvádzaného na trh subjektom, ktorý neuzavrel takúto dohodu, liekom toho istého druhu uvádzaným na trh subjektom, ktorý uzavrel takúto dohodu“

Vo veci C-410/14,

ktorej predmetom je návrh na začatie prejudiciálneho konania podľa článku 267 ZFEÚ, podaný rozhodnutím Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší regionálny súd Düsseldorf, Nemecko) z 13. augusta 2014 a doručený Súdnemu dvoru 29. augusta 2014, ktorý súvisí s konaním:

Dr. Falk Pharma GmbH

proti

DAK-Gesundheit,

za účasti:

Kohlpharma GmbH,

SÚDNY DVOR (piata komora),

v zložení: predseda štvrtej komory T. von Danwitz, vykonávajúci funkciu predsedu piatej komory, sudcovia D. Šváby (spravodajca), A. Rosas, E. Juhász a C. Vajda,

generálny advokát: P. Cruz Villalón,

tajomník: A. Calot Escobar,

so zreteľom na písomnú časť konania,

so zreteľom na pripomienky, ktoré predložili:

— Dr. Falk Pharma GmbH, v zastúpení: M. Ulshöfer, Rechtsanwalt,

— DAK-Gesundheit, v zastúpení: A. Csaki, Rechtsanwalt,

* Jazyk konania: nemčina.

— Kohlpharma GmbH, v zastúpení: C. Stumpf, Rechtsanwalt,

— nemecká vláda, v zastúpení: T. Henze a A. Lippstreu, splnomocnení zástupcovia,

— grécka vláda, v zastúpení: K. Nasopoulou a S. Lekkou, splnomocnené zástupkyne,

— švédska vláda, v zastúpení: A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg a F. Sjövall, splnomocnení zástupcovia,

— Európska komisia, v zastúpení: C. Hermes a A. Tokár, splnomocnení zástupcovia,

so zreteľom na rozhodnutie prijaté po vypočutí generálneho advokáta, že vec bude prejednaná bez jeho návrhov,

vyhlásil tento

Rozsudok

1 Návrh na začatie prejudiciálneho konania sa týka výkladu článku 1 ods. 2 písm. a) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby (Ú. v. EÚ L 134, 2004, s. 114; Mim. vyd. 06/007, s. 132).

2 Tento návrh bol podaný v rámci sporu medzi spoločnosťou Dr. Falk Pharma GmbH (ďalej len „Falk“) a zdravotnou poisťovňou DAK-Gesundheit (ďalej len „DAK“), za účasti spoločnosti Kohlpharma GmbH, vo veci konania, ktoré začala DAK s cieľom uzavrieť dohody o zľavách z cien s podnikmi, ktoré uvádzajú na trh liek s účinnou látkou mesalazín, ktoré viedlo k uzavretiu takejto dohody so spoločnosťou Kohlpharma.

Právny rámec

Právo Únie

3 Odôvodnenia 2 a 3 smernice 2004/18 znejú:

„(2) Zadávanie zákaziek v členských štátoch v mene štátu, regionálnych alebo miestnych orgánov a ďalších inštitúcií v správe subjektov, ktoré sa spravujú verejným právom, podlieha rešpektovaniu zásad zmluvy, najmä rešpektovaniu zásady voľného pohybu tovaru, zásady slobody usadiť sa a zásady slobody poskytovať služby a zásad z nich vyplývajúcich, napríklad zásada rovnakého zaobchádzania, zásada nediskriminácie, zásada vzájomného uznávania, zásada proporcionality a zásada transparentnosti. Pri verejných zákazkách, ktoré presahujú určitú hodnotu, sa však odporúča vypracovať predpisy pre koordináciu vnútroštátnych postupov pri zadávaní takýchto zákaziek Spoločenstvom, založené na týchto zásadách s cieľom zabezpečiť ich účinky a zabezpečiť liberalizáciu verejného obstarávania. Tieto koordinačné ustanovenia by sa preto mali vykladať tak v súlade s vyššie uvedenými pravidlami a zásadami, ako aj s ostatnými pravidlami zmluvy.

(3) Takéto koordinačné ustanovenia by mali byť podľa možnosti čo najviac v súlade s terajšími postupmi a praxou v každom z členských štátov.“

4 Odôvodnenie 11 tejto smernice uvádza:

„Na úrovni Spoločenstva by sa mali vymedziť rámcové dohody, ako aj špecifické pravidlá pre rámcové dohody, uzatvorené na zákazky, ktoré patria do pôsobnosti tejto smernice. Podľa týchto pravidiel môže verejný obstarávateľ, ak uzatvorí rámcovú dohodu v súlade s ustanoveniami tejto smernice, ktoré sa týkajú [ktorá sa týka – *neoficiálny preklad*] najmä uverejňovania, lehôt a podmienok na predloženie ponúk, zadávať zákazky na základe takejto rámcovej dohody v priebehu jej doby platnosti buď uplatnením podmienok uvedených v rámcovej dohode, alebo ak neboli všetky podmienky pevne stanovené vopred v rámcovej dohode, opätovným otvorením súťaže medzi zmluvnými stranami rámcovej dohody v súvislosti s týmito podmienkami. …“

5 Článok 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 stanovuje, že na účely tejto smernice „‚verejné zákazky‘ sú zmluvy s peňažným plnením, uzavreté písomne medzi jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi a jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi, ktorých predmetom je vykonanie prác, dodávka výrobkov alebo poskytnutie služieb v zmysle tejto smernice“.

6 Tento článok 1 definuje vo svojom odseku 5 pojem „rámcová dohoda“ takto:

„‚Rámcová dohoda‘ je dohoda medzi jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi a jedným alebo viacerými hospodárskymi subjektmi, ktorej cieľom je stanoviť podmienky upravujúce zákazky, ktoré sa budú zadávať počas daného obdobia, najmä pokiaľ ide o cenu a prípadne aj o predpokladané množstvo.“

7 Článok 2 uvedenej smernice znie:

„Verejní obstarávatelia zaobchádzajú s hospodárskymi subjektmi rovnako a nediskriminačne a konajú transparentne.“

8 Článok 32 smernice 2004/18 stanovuje:

„…

2. Na účely uzatvorenia rámcovej dohody sa verejní obstarávatelia spravujú procesnými pravidlami uvedenými v tejto smernici pre všetky etapy až po zadanie zákaziek na základe rámcovej dohody. Na výber zmluvných strán rámcovej dohody sa uplatňujú kritériá pre zadanie zákazky stanovené v súlade s článkom 53.

Zákazky na základe rámcovej dohody sa zadávajú v súlade s postupom stanoveným v odsekoch 3 a 4. Tieto postupy sa môžu použiť len medzi verejnými obstarávateľmi a hospodárskymi subjektmi, ktoré sú pôvodnými zmluvnými stranami rámcovej dohody.

…

4. Ak je rámcová dohoda uzatvorená s niekoľkými hospodárskymi subjektmi, ich počet nesmie byť nižší ako tri, pokiaľ existuje dostatočný počet hospodárskych subjektov spĺňajúcich kritériá výberu účastníkov a/alebo prijateľných ponúk, ktoré spĺňajú kritériá pre zadanie zákazky.

Zákazky na základe rámcových dohôd uzatvorených s niekoľkými hospodárskymi subjektmi sa môžu zadávať:

— uplatnením podmienok stanovených v rámcovej dohode bez opätovného otvárania súťaže, alebo

— v prípade, že v rámcovej dohode nie sú stanovené všetky podmienky, ak zmluvné strany opäť súťažia na základe rovnakých, a v prípade potreby presnejšie sformulovaných podmienok, prípadne aj ďalších podmienok uvedených v špecifikáciách rámcovej dohody, podľa tohto postupu:

…“

9 Podľa článku 43 prvého odseku tejto smernice:

„Verejní obstarávatelia vypracujú pre každú zákazku, rámcovú dohodu a pre každé zriadenie dynamického obstarávacieho systému písomnú zápisnicu, ktorá obsahuje aspoň tieto informácie:

…

e) názov/meno úspešného uchádzača a dôvody, prečo bola vybraná jeho ponuka, a ak je známy, aj podiel zákazky alebo rámcovej dohody, ktorú má úspešný uchádzač v úmysle zadať tretím osobám;

…“

10 Smernica Európskeho parlamentu a Rady 2014/24/EÚ z 26. februára 2014 o verejnom obstarávaní a o zrušení smernice 2004/18 (Ú. v. EÚ L 94, 2014, s. 65), ktorej preberacie akty musia podľa jej článku 90 ods. 1 nadobudnúť účinnosť najneskôr 18. apríla 2016, definuje vo svojom článku 1 ods. 2 obstarávanie takto:

„Obstarávanie v zmysle tejto smernice znamená nadobudnutie stavebných prác, tovaru alebo služieb, a to na základe verejnej zákazky vymedzenej jedným alebo viacerými verejnými obstarávateľmi od hospodárskych subjektov, ktorých si títo verejní obstarávatelia vybrali, bez ohľadu na to, či dané práce, tovar alebo služby sú určené na verejné účely.“

Vnútroštátne právo

11 Podľa § 129 ods. 1 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (Zákonník sociálneho zabezpečenia, piata časť – zákonný režim zdravotného poistenia, ďalej len „SGB V“) na dodanie lieku, ktorý bol predpísaný uvedením jeho účinnej látky a ktorého nahradenie liekom s rovnocennou účinnou látkou predpisujúci lekár nevylúčil, musia lekárnici nahradiť predpísaný liek liekom s rovnocennou účinnou látkou, pre ktorý sa uzavrela dohoda o zľave v zmysle §130a ods. 8 SGB V.

12 V súlade s týmto posledným uvedeným ustanovením môžu zdravotné poisťovne alebo ich zoskupenia uzavrieť s farmaceutickými podnikmi dohody o zľave z nákupných cien liekov, ktoré sa dodávajú na náklady týchto poisťovní na obdobie dvoch rokov.

Spor vo veci samej a prejudiciálne otázky

13 Dňa 28. augusta 2013 uverejnila DAK v dodatku *Úradného vestníka Európskej únie* oznámenie týkajúce sa „konania o prijatí“ na účely uzavretia dohôd o zľave v súlade s § 130a ods. 8 SGB V v súvislosti s liekmi, ktorých účinnou látkou je mesalazín. Výška zľavy bola stanovená na 15 % z „predajnej“ ceny výrobcu a pokrývalo sa obdobie od 1. októbra 2013 do 30. septembra 2015.

14 Toto konanie predpokladalo prijatie všetkých podnikov, ktoré prejavili záujem a spĺňali kritériá prijatia, a ďalej uzavretie rovnakých dohôd s každým z týchto podnikov, ktorých znenie bolo vopred určené a nebolo možné ho zmeniť. Okrem toho každý ďalší podnik spĺňajúci tieto kritériá mal ešte možnosť pristúpiť za rovnakých podmienok k systému dohôd o zľavách počas obdobia jeho platnosti.

15 Z oznámenia z 28. augusta 2013 vyplývalo, že na uvedené konanie sa nevzťahovali právne predpisy o verejnom obstarávaní.

16 Kohlpharma bola jediným podnikom, ktorý v nadväznosti na toto oznámenie prejavil svoj záujem. S týmto podnikom bola 5. decembra 2013 uzavretá zmluva. Mechanizmus nahradenia upravený v § 129 ods. 1 SGB V sa zaviedol od 1. januára 2014 do informačného systému používaného lekárňami. Uzavretie tejto zmluvy bolo predmetom oznámenia v úradnom vestníku 22. februára 2014.

17 Dňa 17. januára 2014 Falk podala žalobu na Vergabekammer des Bundes (spolková komora pre verejné obstarávanie, Nemecko) o určenie nezlučiteľnosti konania o prijatí začatého na podnet DAK a jedinej zmluvy, ktorá sa na jeho základe uzavrela, s právom verejného obstarávania. Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší regionálny súd Düsseldorf, Nemecko) rozhoduje o odvolaní proti tejto žalobe.

18 V rámci tejto žaloby Falk tvrdí, že právo verejného obstarávania sa má uplatniť, keďže subjekt v postavení verejného obstarávateľa si obstaráva tovary na trhu a toto právo ukladá povinnosť postupovať v rámci hospodárskej súťaže, čo v sebe zahŕňa uzavretie výlučných zmlúv.

19 DAK sa naopak domnieva, že na nadobudnutie tovarov a služieb, ktoré sú pre činnosť verejného obstarávateľa nevyhnutné, môže využiť nielen verejné zákazky, ale tiež iné postupy, ako sú tieto, a je preto oprávnený zadať výlučnú zákazku v nadväznosti na rozhodnutie týkajúce sa výberu, ale tiež uzavrieť zmluvy so všetkými podnikmi, ktoré prejavili záujem, a to bez vykonania výberu. Existencia rozhodnutia o výbere je podľa nej základným prvkom pojmu „verejné zákazky“ v zmysle smernice 2004/18 a práva Únie v predmetnej oblasti, takže ak nedôjde k výberu, zmluvy, akou je zmluva uzavretá vo veci samej, nepredstavujú verejné zákazky.

20 Kohlpharma sa domnieva, že sloboda výberu verejného obstarávateľa, pokiaľ ide o povahu zmlúv nevyhnutných na splnenie povinnosti verejnej služby, je upravená judikatúrou Súdneho dvora v oblasti koncesií na služby.

21 Vnútroštátny súd vysvetľuje, že prípustnosť žaloby spoločnosti Falk závisí od otázky, či zmluva o pristúpení k systému dohôd o zľavách v zmysle § 130a ods. 8 SGB V uzavretá v rámci konania o prijatí so všetkými zainteresovanými hospodárskymi subjektmi bez výberu predstavuje verejnú zákazku v zmysle článku 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18. Inými slovami sa pýta, či je pre verejnú zákazku charakteristický výber verejného obstarávateľa, čo v sebe zahŕňa, že vybratý subjekt požíva výlučnosť. Za tohto predpokladu konanie o prijatí smerujúce k uzavretiu zmlúv so všetkými zainteresovanými hospodárskymi subjektmi nepredstavuje postup zadávania verejných zákaziek.

22 Tento súd uvádza, že vnútroštátna judikatúra je v tejto otázke nejednotná. Podľa niektorých súdov je verejná zákazka zmluvou priznávajúcou vybratému subjektu výlučnosť, takže zákazka, ktorá je uzavretá so všetkými subjektmi, ktorí o to požiadajú, nepredstavuje verejnú zákazku. Iné súdy sa domnievajú, že každá zákazka uzavretá s verejným obstarávateľom je verejnou zákazkou a že výber jedného z uchádzačov, a teda priznanie výlučnosti, je pre verejného obstarávateľa povinnosťou.

23 Vnútroštátny súd sa prikláňa k názoru, že systém dohôd o zľavách, akým je systém dotknutý vo veci samej, nepredstavuje verejnú zákazku. Z dôvodu prijatia všetkých subjektov, ktoré spĺňajú stanovené podmienky a ktoré požiadajú o zahrnutie do tohto systému, už totiž nedôjde k výberu, a teda k priznaniu hospodárskej výhody subjektu, a preto nevznikne nebezpečenstvo diskriminácie. Ako vyplýva z odôvodnenia 2 a článku 2 smernice 2004/18, právo verejného obstarávania má práve za cieľ vyhnúť sa odchýlkam spojeným s týmto druhom nebezpečenstva.

24 Tento súd odkazuje na podporu svojich úvah na rozsudok z 10. septembra 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), z ktorého vyvodzuje, že zákazka nemusí byť nevyhnutne zadaná vo forme verejnej zákazky, keďže existuje zákonná alternatíva, ktorá, v rámci veci, ktorá viedla k vydaniu tohto rozsudku, spočívala vo využití koncesie na služby. Ani z primárneho práva a ani zo sekundárneho

práva totiž podľa tohto súdu nevyplýva, že každé nadobudnutie by malo byť povinne predmetom verejného obstarávania. Domnieva sa, že ak existuje rozdiel medzi verejným obstarávaním a koncesiou na služby, v závislosti od povahy finančnej protihodnoty upravenej v zmluve, nič nevylučuje, aby existencia alebo neexistencia výberu medzi zainteresovanými hospodárskymi subjektmi mohla založiť iné rozlišovanie. V tomto ohľade tento súd zastáva názor, že rozsudok z 15. júla 2010, Komisia/Nemecko (C-271/08, EU:C:2010:426), by mohol nepriamo potvrdiť tento záver v rozsahu, v akom v ňom Súdny dvor v bode 73 konštatoval, že smernice v oblasti verejných zákaziek majú za cieľ vylúčiť nebezpečenstvo, že verejní obstarávatelia uprednostnia vnútroštátnych uchádzačov alebo kandidátov pri každom postupe zadávania zákaziek.

25 Vnútroštátny súd ďalej odkazuje na smernicu 2014/24, osobitne na definíciu pojmu „verejné zákazky“ zavedenú v tejto smernici, ktorá výslovne odkazuje na výber hospodárskych subjektov, a na druhý pododsek odôvodnenia 4 uvedenej smernice, ktorý z pojmu verejnej zákazky vylučuje prípady, v ktorých sú všetky subjekty spĺňajúce určité podmienky oprávnené vykonať úlohu bez akejkoľvek selektívnosti, pričom jeden z daných príkladov zrejme odkazuje na systém porovnateľný so systémom dotknutým vo veci samej. Domnieva sa, že aj keď v predmetnej veci smernica 2014/24 nie je uplatniteľná *ratione temporis*, definícia pojmu „postup zadávania verejnej zákazky“, ktorú obsahuje, zatiaľ čo smernica 2004/18 tento pojem nedefinuje, nepredstavuje zmenu. Pre právo Únie v oblasti verejného obstarávania bol totiž vždy charakteristický prvok hospodárskej súťaže.

26 Za predpokladu, že by bolo opodstatnené sa domnievať, že výber je charakteristickým prvkom verejného obstarávania, a teda, že konanie o prijatí do systému dohôd o zľavách, akým je konanie dotknuté vo veci samej, nie je v zásade postupom zadávania verejných zákaziek, sa vnútroštátny súd domnieva, že by bolo vhodné spresniť podmienky zákonnosti takéhoto konania o prijatí, ktorých dodržanie by bolo nevyhnutné na to, aby verejný obstarávateľ mohol upustiť od uplatnenia postupu zadania verejnej zákazky zahŕňajúceho výber jedného alebo viacerých subjektov.

27 Tento súd zdôrazňuje, že zásada nediskriminácie a zásada rovnosti zaobchádzania, ako aj povinnosť transparentnosti, ktoré vyplývajú predovšetkým z primárneho práva, vyvolávajú procesné a materiálne požiadavky, ktoré je nevyhnutné dodržiavať aj v rámci konania o prijatí s cieľom zabezpečiť, že toto konanie nebude zahŕňať nijaké prvky selektívnosti a neprizná konkurenčnú výhodu nijakému subjektu. Podrobná úprava konania o prijatí by pritom mohla spôsobiť diskrimináciu a nerovnosť v zaobchádzaní.

28 Podmienkami zákonnosti takéhoto konania by mohli byť uverejňovanie na úrovni Únie, pokiaľ ide o začatie tohto postupu a o zmluvy, ktoré budú v jeho rámci uzavreté, jasnosť pravidiel upravujúcich prijatie, predchádzajúce stanovenie znenia zmlúv o prijatí do systému dohôd o zľavách a možnosť pristúpenia v ktoromkoľvek okamihu.

29 Táto možnosť pristúpenia v ktoromkoľvek okamihu by odlíšila konanie o prijatí, akým je konanie dotknuté vo veci samej, od postupu uzatvárania rámcovej dohody uvedeného v článku 32 smernice 2004/18. Požiadavka uložená v odseku 2 druhom pododseku tohto článku, podľa ktorej sa zákazky založené na základe rámcovej dohody môžu zadať iba hospodárskym subjektom, ktoré sú zmluvnými stranami tejto rámcovej dohody, totiž vyplýva zo selektívnej povahy tohto druhu dohôd. Podľa vnútroštátneho súdu by malo uloženie takéhoto obmedzenia v rámci konania o prijatí tým, že sa stanoví lehota, po uplynutí ktorej už subjekt nebude môcť viac pristúpiť k systému dohôd o zľavách, diskriminačný účinok, pretože by poskytovalo konkurenčnú výhodu subjektom, ktorí už k tomuto systému pristúpili.

30 Tento súd sa domnieva, že mechanizmus nahradenia lieku stanovený v § 129 SGB V neposkytuje takúto konkurenčnú výhodu v prípade pristúpenia k systému dohôd o zľavách v zmysle § 130a ods. 8 tohto zákonníka. O inú situáciu by v tomto ohľade išlo vtedy, ak by bola takáto dohoda o zľavách uzavretá v rámci postupu zadávania verejnej zákazky. V tomto poslednom uvedenom prípade by výlučnosť, ktorú požíva úspešný uchádzač, mala za následok, že by mal osobitné konkurenčné

postavenie, pričom by tak zadanie zákazky malo významný účinok na hospodársku súťaž. Naopak, ak sú takéto dohody uzavreté so všetkými zainteresovanými subjektmi, nahradenie lieku by sa vykonalo na základe výberu nie verejného obstarávateľa, ale lekárnika alebo pacienta v závislosti od nákupných podmienok navrhnutých subjektmi, ktorí pristúpili k systému dohôd o zľavách. Mohlo by sa tak stať, že niektoré zo subjektov, ktoré k tomuto systému pristúpili, by svoje výrobky predali len ojedinele. Bolo by to tak aj vtedy, ak by, ako v predmetnom prípade, pristúpil iba jediný subjekt. Priznaním práva každému zainteresovanému subjektu kedykoľvek pristúpiť totiž verejný obstarávateľ upustil od vykonávania vplyvu na konkurenčnú situáciu, keďže táto nezávisí od možnosti nahradenia liekov subjektov, ktorí k systému pristúpili, ale od rozhodnutia prijatého každým subjektom potenciálne zainteresovaným na pristúpení alebo nepristúpení k systému dohôd o zľavách.

31 Za týchto podmienok Oberlandesgericht Düsseldorf (Vyšší regionálny súd Düsseldorf) rozhodol prerušiť konanie a položil Súdnemu dvoru tieto prejudiciálne otázky:

„1. Je z pojmu ‚verejná zákazka' podľa článku 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 vylúčená situácia, keď verejný obstarávateľ uskutoční konanie o prijatí, pri ktorom zadá zákazku bez toho, aby si vybral jeden alebo viaceré hospodárske subjekty?

2. Ak znie odpoveď na prvú otázku tak, že výber jedného alebo viacerých hospodárskych subjektov je pojmovým znakom verejnej zákazky… má sa pojem výber hospodárskych subjektov [ktorý by za tohto predpokladu zahŕňal pojem ‚verejná zákazka'] v zmysle článku 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 vykladať vo svetle článku 2 tejto smernice v tom zmysle, že verejný obstarávateľ môže upustiť od výberu jedného alebo viacerých hospodárskych subjektov v rámci konania o prijatí iba vtedy, keď sú splnené nasledujúce podmienky:

— uskutočnenie konania o prijatí sa uverejní na úrovni Únie,

— stanovia sa jednoznačné pravidlá o uzavretí zmluvy a pristúpení k zmluve,

— zmluvné podmienky sa stanovia vopred takým spôsobom, že nijaký hospodársky subjekt nemôže mať vplyv na obsah zmluvy,

— hospodárskym subjektom sa prizná právo kedykoľvek pristúpiť k zmluve a

— uzavretia zmluvy budú oznamované na úrovni Únie?"

O prejudiciálnych otázkach

O prvej otázke

32 Svojou prvou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, či sa má článok 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 vykladať v tom zmysle, že je opodstatnené považovať za verejnú zákazku v zmysle tejto smernice systém dohôd, akým je systém dotknutý vo veci samej, ktorým verejnoprávny subjekt má v úmysle nadobúdať tovary na trhu tým, že počas celého obdobia platnosti tohto systému bude uzatvárať zmluvy s každým hospodárskym subjektom, ktorý sa zaviaže dodávať dotknutý tovar za vopred stanovených podmienok bez toho, aby vykonal výber medzi zainteresovanými subjektmi, a počas celého obdobia platnosti takéhoto systému týmto subjektom umožní k uvedenému systému pristúpiť.

33 Ako uvádzajú niektoré zainteresované subjekty, ktoré predložili písomné pripomienky pred Súdnym dvorom, takýto systém vedie k uzavretiu odplatných zmlúv medzi verejnoprávnym subjektom, ktorý by mohol predstavovať verejného obstarávateľa v zmysle smernice 2004/18, a hospodárskymi subjektmi, ktorých predmetom činnosti je dodávka tovaru, čo zodpovedá definícii pojmu „verejná zákazka“ uvedenému v článku 1 ods. 2 písm. a) tejto smernice.

34 Na jednej strane však treba uviesť, že v súlade s odôvodnením 2 uvedenej smernice sa koordinačné ustanovenia, ktoré táto smernica zavádza, majú vykladať v súlade so zásadami Zmluvy o FEÚ, najmä zásadami voľného pohybu tovaru, slobody usadiť sa a slobody poskytovať služby, ako aj zásadami z nich vyplývajúcimi, napríklad zásada rovnosti zaobchádzania, nediskriminácie, vzájomného uznávania, proporcionality a transparentnosti, ktorým podliehajú zadávania zákaziek vykonávané v členských štátoch.

35 Na druhej strane, keďže účelom koordinácie postupov zadávania verejných zákaziek na služby na úrovni Únie je v tomto ohľade chrániť záujmy hospodárskych subjektov usadených v členskom štáte, ktorí chcú ponúkať tovary alebo služby verejným obstarávateľom usadeným v inom členskom štáte, cieľom smernice 2004/18 je vylúčiť nebezpečenstvo, že sa uprednostnia vnútroštátni uchádzači alebo kandidáti pri každom zadaní zákazky vykonanom verejnými obstarávateľmi (pozri v tomto zmysle, pokiaľ ide o predtým platnú smernicu týkajúcu sa verejných zákaziek na služby, rozsudok z 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, body 41 a 42, ako aj citovanú judikatúru).

36 Nebezpečenstvo uprednostnenia národných hospodárskych subjektov, ktoré chce táto smernica vylúčiť, je pritom úzko spojené predovšetkým s výberom, ktorý chce verejný obstarávateľ vykonať spomedzi prípustných ponúk a s výlučnosťou, ktorá bude vyplývať zo zadania dotknutej zákazky subjektu, ktorého ponuka bola prijatá alebo hospodárskym subjektom, ktorých ponuky boli prijaté v prípade rámcovej dohody, čo predstavuje účel postupu zadávania verejných zákaziek.

37 V dôsledku toho ak chce verejnoprávny subjekt uzavrieť zmluvy na dodávku so všetkými hospodárskym subjektmi, ktorí chcú obstarať dotknuté výrobky za podmienok stanovených týmto subjektom, neurčenie hospodárskeho subjektu, ktorému by sa výlučnosť trhu priznala, má za následok, že neexistuje potreba vymedziť prostredníctvom presných pravidiel smernice 2004/18 konanie tohto verejného obstarávateľa tak, aby sa zabránilo tomu, že zadá zákazku s uprednostnením vnútroštátnych subjektov.

38 Výber ponuky, a teda úspešného uchádzača, sa tak ukazuje ako prvok, ktorý úzko súvisí s právnou úpravou verejných zákaziek stanovenou touto smernicou a v dôsledku toho s pojmom „verejná zákazka“ v zmysle jej článku 1 ods. 2 písm. a).

39 Toto konštatovanie podporuje článok 43 prvý odsek písm. e) smernice 2004/18, podľa ktorého verejní obstarávatelia vypracujú pre každú zákazku, rámcovú dohodu a pre každé zriadenie dynamického obstarávacieho systému písomnú zápisnicu, ktorá obsahuje názov/meno úspešného uchádzača a dôvody, prečo bola vybraná jeho ponuka.

40 Okrem toho treba uviesť, že táto zásada je výslovne uvedená v definícii pojmu „obstarávanie“ v súčasnosti stanovenej v článku 1 ods. 2 smernice 2014/24, ktorej jednou zložkou je výber hospodárskeho subjektu verejným obstarávateľom, od ktorého bude tento obstarávateľ nadobúdať na základe verejnej zákazky práce, tovar alebo služby, ktoré sú predmetom tejto zákazky.

41 Nakoniec treba uviesť, že osobitosť systému dohôd, akým je systém dotknutý vo veci samej, spočívajúca v jeho trvalom otvorení počas jeho celého obdobia platnosti zainteresovaným subjektom, a teda neobmedzenom na úvodné obdobie, v priebehu ktorého sú podniky vyzvané na prejavenie svojho záujmu pred dotknutým verejnoprávnym subjektom, stačí na odlíšenie tohto systému od rámcovej

dohody. Podľa článku 32 ods. 2 druhého pododseku smernice 2004/18 možno totiž zákazky založené na rámcovej dohode zadať iba hospodárskym subjektom, ktoré sú pôvodnými zmluvnými stranami rámcovej dohody.

42 Na prvú otázku treba preto odpovedať tak, že článok 1 ods. 2 písm. a) smernice 2004/18 sa má vykladať v tom zmysle, že verejnú zákazku v zmysle tejto smernice nepredstavuje systém dohôd, akým je systém dotknutý vo veci samej, ktorým verejnoprávny subjekt má v úmysle nadobúdať tovary na trhu tým, že počas celého obdobia platnosti tohto systému bude uzatvárať zmluvy s každým hospodárskym subjektom, ktorý sa zaviaže dodávať dotknutý tovar za vopred stanovených podmienok bez toho, aby vykonal výber medzi zainteresovanými subjektmi, a počas celého obdobia platnosti takéhoto systému týmto subjektom umožní k uvedenému systému pristúpiť.

O druhej otázke

43 Svojou druhou otázkou sa vnútroštátny súd v podstate pýta, akým podmienkam podlieha z hľadiska práva Únie zákonnosť konania o prijatí do systému dohôd, akým je systém dotknutý vo veci samej.

44 Treba uviesť, že takéto konanie v rozsahu, v akom jeho predmet predstavuje určitý cezhraničný záujem, podlieha základným pravidlám Zmluvy o FEÚ, osobitne zásadám nediskriminácie a rovnosti zaobchádzania medzi hospodárskymi subjektmi, ako aj povinnosti transparentnosti, ktorá z nich vyplýva, pričom táto posledná uvedená povinnosť vyžaduje vykonať primerané uverejnenie. V tomto ohľade členské štáty v situácii, akou je situácia dotknutá vo veci samej, disponujú určitou mierou voľnej úvahy na účely prijatia opatrení určených na zabezpečenie dodržiavania zásady rovnosti zaobchádzania a povinnosti transparentnosti.

45 Z požiadavky transparentnosti však vyplýva, že musí dôjsť k uverejneniu umožňujúcemu potenciálne zainteresovaným hospodárskym subjektom riadne sa oboznámiť s priebehom a podstatnými charakteristikami konania o prijatí, akým je konanie vo veci samej.

46 Je úlohou vnútroštátneho súdu posúdiť, či konanie o prijatí dotknuté vo veci samej zodpovedá týmto požiadavkám.

47 Na druhú otázku preto treba odpovedať tak, že v rozsahu, v akom predmet konania o prijatí do systému dohôd, akým je systém dotknutý vo veci samej, predstavuje určitý cezhraničný záujem, toto konanie musí byť ponímané a vedené v súlade so základnými pravidlami Zmluvy o FEÚ, osobitne so zásadami nediskriminácie a rovnosti zaobchádzania medzi hospodárskymi subjektmi, ako aj povinnosťou transparentnosti, ktorá z nich vyplýva.

O trovách

48 Vzhľadom na to, že konanie pred Súdnym dvorom má vo vzťahu k účastníkom konania vo veci samej incidenčný charakter a bolo začaté v súvislosti s prekážkou postupu v konaní pred vnútroštátnym súdom, o trovách konania rozhodne tento vnútroštátny súd. Iné trovy konania, ktoré vznikli v súvislosti s predložením pripomienok Súdnemu dvoru a nie sú trovami uvedených účastníkov konania, nemôžu byť nahradené.

Z týchto dôvodov Súdny dvor (piata komora) rozhodol takto:

1. **Článok 1 ods. 2 písm. a) smernice Európskeho parlamentu a Rady 2004/18/ES z 31. marca 2004 o koordinácii postupov zadávania verejných zákaziek na práce, verejných zákaziek na dodávku tovaru a verejných zákaziek na služby sa má vykladať v tom zmysle, že verejnú zákazku v zmysle tejto smernice nepredstavuje systém dohôd, akým je systém dotknutý vo**

veci samej, ktorým verejnoprávny subjekt má v úmysle nadobúdať tovary na trhu tým, že počas celého obdobia platnosti tohto systému bude uzatvárať zmluvy s každým hospodárskym subjektom, ktorý sa zaviaže dodávať dotknutý tovar za vopred stanovených podmienok bez toho, aby vykonal výber medzi zainteresovanými subjektmi, a počas celého obdobia platnosti takéhoto systému týmto subjektom umožní k uvedenému systému pristúpiť.

2. **V rozsahu, v akom predmet konania o prijatí do systému dohôd, akým je systém dotknutý vo veci samej, predstavuje určitý cezhraničný záujem, toto konanie musí byť konštruované a vedené v súlade so základnými pravidlami Zmluvy o FEÚ, osobitne so zásadami nediskriminácie a rovnosti zaobchádzania medzi hospodárskymi subjektmi, ako aj povinnosťou transparentnosti, ktorá z nich vyplýva.**

Podpisy