Zbirka odločb sodne prakse

SODBA SODIŠČA (peti senat)

z dne 2. junija 2016*

„Predhodno odločanje — Javna naročila — Direktiva 2004/18/ES — Člen 1(2)(a) — Pojem ‚javno naročilo' — Sistem pridobivanja blaga, v katerega se kot dobavitelj lahko vključi vsak gospodarski subjekt, ki izpolnjuje vnaprej določene pogoje — Dobava zdravil, ki so krita v okviru splošnega sistema socialne varnosti — Sporazumi, sklenjeni med zavodom za zdravstveno zavarovanje in vsemi dobavitelji zdravil na osnovi dane aktivne snovi, ki privolijo v rabate na prodajno ceno po vnaprej določeni stopnji — Zakonodaja, s katero je načeloma določeno, da se zdravilo, za katero je mogoče povračilo stroškov, ki ga trži subjekt, ki ni sklenil takega sporazuma, nadomesti z istovrstnim zdravilom, ki ga trži subjekt, ki je sklenil tak sporazum"

V zadevi C-410/14,

katere predmet je predlog za sprejetje predhodne odločbe na podlagi člena 267 PDEU, ki ga je vložilo Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu, Nemčija) z odločbo z dne 13. avgusta 2014, ki je prispela na Sodišče 29. avgusta 2014, v postopku

Dr. Falk Pharma GmbH

proti

DAK-Gesundheit,

ob udeležbi

Kohlpharma GmbH,

SODIŠČE (peti senat),

v sestavi T. von Danwitz, predsednik četrtega senata v funkciji predsednika petega senata, D. Šváby (poročevalec), A. Rosas, E. Juhász in C. Vajda, sodniki,

generalni pravobranilec: P. Cruz Villalón,

sodni tajnik: A. Calot Escobar,

na podlagi pisnega postopka,

ob upoštevanju stališč, ki so jih predložili:

— za Dr. Falk Pharma GmbH M. Ulshöfer, odvetnik,

— za DAK-Gesundheit A. Csaki, odvetnik,

* Jezik postopka: nemščina.

— za Kohlpharma GmbH C. Stumpf, odvetnik,

— za nemško vlado T. Henze in A. Lippstreu, agenta,

— za grško vlado K. Nasopulu in S. Leku, agentki,

— za švedsko vlado A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg in F. Sjövall, agenti,

— za Evropsko komisijo C. Hermes in A. Tokár, agenta,

na podlagi sklepa, sprejetega po opredelitvi generalnega pravobranilca, da bo v zadevi razsojeno brez sklepnih predlogov,

izreka naslednjo

Sodbo

1 Predlog za sprejetje predhodne odločbe se nanaša na razlago člena 1(2)(a) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 6, zvezek 7, str. 132).

2 Ta predlog je bil vložen v okviru spora med družbo Dr. Falk Pharma GmbH (v nadaljevanju: Falk) in DAK-Gesundheit (v nadaljevanju: DAK), zavodom za zdravstveno zavarovanje, ob udeležbi družbe Kohlpharma GmbH, v zvezi s postopkom, ki ga je začel DAK zaradi sklenitve sporazumov o rabatih s podjetji, ki tržijo zdravilo z aktivno snovjo mesalazin, in v katerem je bil sklenjen tak sporazum z družbo Kohlpharma.

Pravni okvir

Pravo Unije

3 V uvodnih izjavah 2 in 3 Direktive 2004/18 je navedeno:

„(2) Za oddajo naročil, sklenjenih v državah članicah v imenu države, regionalnih ali lokalnih in drugih oseb javnega prava, veljajo načela iz Pogodbe in zlasti načelo prostega pretoka blaga, načelo svobode ustanavljanja in načelo svobode opravljanja storitev ter načela, ki iz teh izhajajo, kot so načelo enakopravnosti, načelo nediskriminacije, načelo vzajemnega priznavanja, načelo sorazmernosti in načelo transparentnosti. Vendar je za naročila nad določeno vrednostjo priporočljivo na podlagi teh načel sprejeti določbe o usklajevanju nacionalnih postopkov za dodeljevanje teh naročil na ravni Skupnosti, da bi zagotovili njihovo uresničevanje in jamčili odpiranje javnih naročil konkurenci. Te usklajevalne določbe bi se zato morale razlagati v skladu z zgoraj navedenimi pravili in načeli kakor tudi z drugimi pravili iz Pogodbe.

(3) Take usklajevalne določbe bi morale biti, kolikor je mogoče, usklajene s sedanjimi postopki in prakso v vsaki izmed držav članic.“

4 V uvodni izjavi 11 te direktive je navedeno:

„Skupnost bi morala opredeliti okvirne sporazume skupaj s posebnimi pravili za okvirne sporazume, ki se sklenejo za naročila s področja uporabe te direktive. V skladu s temi pravili lahko naročnik – ko sklene okvirni sporazum v skladu z določbami iz te direktive, ki so povezane zlasti z javnim

objavljanjem, roki in pogoji za oddajo ponudb – odda naročila na podlagi tega okvirnega sporazuma med obdobjem njegove veljavnosti bodisi ob uporabi pogojev, določenih v okvirnem sporazumu, ali, če vsi pogoji niso vnaprej določeni v okvirnem sporazumu, s ponovnim odpiranjem konkurence med strankami okvirnega sporazuma v zvezi s temi pogoji. […]“

5 Člen 1(2)(a) Direktive 2004/18 določa, da so za namene te direktive „‚javna naročila‘ […] proti plačilu pisno sklenjene pogodbe med enim ali več gospodarskimi subjekti ter enim ali več naročniki, katerih predmet je izvedba gradenj, dobav blaga ali izvajanje storitev v skladu s pomenom iz te direktive“.

6 V odstavku 5 navedenega člena 1 je pojem „okvirni sporazum“ opredeljen tako:

„‚Okvirni sporazum‘ je sporazum med enim ali več naročniki in enim ali več ekonomskimi subjekti, katerega predmet je določitev pogojev, s katerimi se urejajo naročila, ki jih je treba oddati med posameznim obdobjem, zlasti v zvezi s ceno in, če je to primerno, predvideno količino.“

7 Člen 2 navedene direktive določa:

„Naročniki morajo obravnavati gospodarske subjekte enakopravno in nediskriminacijsko ter delovati transparentno.“

8 Člen 32 Direktive 2004/18 določa:

„[…]

2. Za namen sklenitve okvirnega sporazuma morajo naročniki upoštevati postopkovna pravila iz te direktive za vse faze do oddaje naročil na podlagi tega [okvirnega] sporazuma. Stranke okvirnega sporazuma se morajo izbrati ob uporabi meril za ocenjevanje v skladu s členom 53.

Naročila na podlagi okvirnega sporazuma se morajo oddati v skladu s postopki iz odstavkov 3 in 4. Ti postopki se lahko uporabijo le med naročniki in gospodarskimi subjekti, ki so prvotne stranke okvirnega sporazuma.

[…]

4. Kadar se okvirni sporazum sklene z večjim številom gospodarskih subjektov, morajo biti slednji vsaj trije, v kolikor je število gospodarskih subjektov, ki izpolnjujejo pogoje za udeležbo zadostno in/ali je dovolj sprejemljivih ponudb za uporabo meril za ocenjevanje.

Naročila na podlagi okvirnih sporazumov, sklenjenih z večjim številom gospodarskih subjektov, se lahko oddajo bodisi:

— ob uporabi pogojev iz okvirnega sporazuma brez ponovnega poziva strankam okvirnega sporazuma, da predložijo ponudbe za vsako posebno naročilo ali,

— če vsi pogoji niso določeni v okvirnem sporazumu, kadar stranke okvirnega sporazuma ponovno medsebojno konkurirajo na podlagi istih in po potrebi bolj natančno izoblikovanih pogojev ter, če je to primerno, drugih pogojev iz specifikacij okvirnega sporazuma – v skladu z naslednjim postopkom:

[…]“

9 Člen 43, prvi odstavek, te direktive določa:

„Za vsako naročilo, okvirni sporazum in vsako vzpostavitev dinamičnega nabavnega sistema morajo naročniki pripraviti pisno poročilo, ki vsebuje vsaj naslednje:

[…]

(e) ime uspešnega ponudnika in razloge[…] za izbiro njegove ponudbe, ter, če je to znano, delež naročila ali okvirnega sporazuma, ki ga uspešni ponudnik namerava dati oddati podizvajalcem;

[…]“

10 Direktiva 2014/24/EU Evropskega parlamenta in Sveta z dne 26. februarja 2014 o javnem naročanju in razveljavitvi Direktive 2004/18 (UL L 94, str. 65, ter popravka v UL 2015, L 275, str. 68, in UL 2015, L 264, str. 19), akti za prenos katere morajo v skladu z njenim členom 90 začeti veljati najpozneje 18. aprila 2016, v členu 1(2) javno naročanje opredeljuje tako:

„Javno naročanje v smislu te direktive pomeni pridobitev gradenj, blaga ali storitev s pogodbo o izvedbi javnega naročila s strani enega ali več javnih naročnikov od gospodarskih subjektov, ki jih ti javni naročniki izberejo, ne glede na to, ali so gradnje, blago ali storitve predvidene za javni namen.“

Nacionalno pravo

11 Na podlagi člena 129(1) Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (zakonik o socialni varnosti, peta knjiga – sistem obveznega zdravstvenega zavarovanja, v nadaljevanju: SGB V) morajo lekarnarji pri izdaji zdravila, ki je bilo predpisano z navedbo njegove aktivne snovi in za katero zdravnik, ki ga je predpisal, ni izključil, da se lahko nadomesti z zdravilom, ki vsebuje enako aktivno snov, predpisano zdravilo nadomestiti z zdravilom z enako aktivno snovjo, v zvezi s katerim je bil sklenjen sporazum o rabatih v smislu člena 130a(8) SGB V.

12 V skladu z zadnjenavedeno določbo lahko zavodi za zdravstveno zavarovanje ali njihova združenja s farmacevtskimi družbami sklenejo sporazume o rabatih na prodajno ceno zdravil, katerih stroške krijejo ti zavodi, za obdobje dveh let.

Spor o glavni stvari in vprašanji za predhodno odločanje

13 DAK je 28. avgusta 2013 v dodatku *Uradnega lista Evropske unije* objavil obvestilo, da namerava izvesti „postopek za dovolitev vključitve“ za sklenitev sporazumov o rabatih v skladu s členom 130a(8) SGB V za zdravila z aktivno sestavino mesalazin. Stopnja rabata je znašala 15 % cene „proizvajalca“, zajeto pa je bilo obdobje od 1. oktobra 2013 do 30. septembra 2015.

14 Na podlagi tega postopka je bila predvidena vključitev vseh zainteresiranih podjetij, ki bodo izpolnjevala merila za vključitev, z vsakim od teh podjetij pa naj bi bile sklenjene enake pogodbe, katerih pogoji so bili določeni vnaprej in niso bili predmet pogajanj. Poleg tega je lahko k sistemu sporazumov o rabatih v obdobju njegove veljavnosti pod enakimi pogoji pristopilo tudi vsako drugo podjetje, ki je izpolnjevalo ta merila.

15 V obvestilu z dne 28. avgusta 2013 je bilo navedeno, da se za navedeni postopek ne uporabi pravo o javnih naročilih.

16 Kohlpharma je bilo edino podjetje, ki je izrazilo interes po objavi tega obvestila. S tem podjetjem je bila 5. decembra 2013 sklenjena pogodba. Mehanizem nadomestitve iz člena 129(1) SGB V se je začel izvajati 1. januarja 2014 v okviru informacijskega sistema, ki ga uporabljajo lekarne. Sklenitev te pogodbe je bila objavljena v *Uradnem listu* 22. februarja naslednje leto.

17 Družba Falk je 17. januarja 2014 vložila tožbo pri Vergabekammer des Bundes (zvezni senat za javna naročila, Nemčija) za ugotovitev, da postopek za dovolitev vključitve, ki ga je začel DAK, in edini sporazum, ki je bil sklenjen na njegovi podlagi, nista združljiva s pravom o javnih naročilih. O pritožbi v tej zadevi odloča Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu, Nemčija).

18 Družba Falk v okviru tega pravnega sredstva trdi, da se uporabi pravo o javnih naročilih, kadar organ, ki se šteje za naročnika, pridobiva blago na trgu, in da se s tem pravom zahteva objava javnega razpisa, na podlagi katerega se sklenejo izključne pogodbe.

19 Nasprotno DAK meni, da ni treba, da naročnik za pridobitev blaga ali storitev, ki jih potrebuje, uporabi postopek javnega naročanja, ampak lahko uporabi druge postopke, in lahko torej naročilo odda na podlagi izključnosti po izdani odločbi o izbiri, lahko pa tudi sklene pogodbe z vsemi zainteresiranimi podjetji brez izvedbe izbirnega postopka. Obstoj odločbe o izbiri pa naj bi bil bistveni element pojma „javno naročilo“ v smislu Direktive 2004/18 in prava Unije na tem področju, tako da naj pogodbe, kakršna je ta iz postopka v glavni stvari, ob neobstoju izbire ne bi pomenile javnih naročil.

20 Družba Kohlpharma meni, da je svoboda izbire naročnika v zvezi z naravo pogodb, ki so potrebne za izpolnjevanje obveznosti javne službe, priznana s sodno prakso Sodišča na področju koncesij storitev.

21 Predložitveno sodišče navaja, da je dopustnost pravnega sredstva, ki ga je vložila družba Falk, odvisna od tega, ali pogodba o pristopu k sistemu sporazumov o rabatih v smislu člena 130a(8) SGB V, ki je v okviru postopka za dovolitev vključitve sklenjena z vsemi zainteresiranimi gospodarskimi subjekti, ne da bi bila opravljena izbira, pomeni javno naročilo v smislu člena 1(2)(a) Direktive 2004/18. Povedano drugače, ugotoviti je treba, ali je za javno naročilo značilna izbira naročnika, ki pomeni, da je izbranemu podjetju zagotovljena izključnost. V tem primeru postopek za dovolitev vključitve, katerega cilj je sklenitev pogodb z vsemi zainteresiranimi gospodarskimi subjekti, ne bi pomenil postopka oddaje javnega naročila.

22 Navedeno sodišče navaja, da je nacionalna sodna praksa glede tega vprašanja razdeljena. Za nekatera sodišča je javno naročilo pogodba, ki izbranemu gospodarskemu subjektu zagotavlja izključnost, tako da pogodba, ki se sklene z vsemi subjekti, ki to želijo, ne pomeni javnega naročila. Druga sodišča menijo, da je vsaka pogodba, ki jo sklene naročnik, javno naročilo in da je odločitev za enega od ponudnikov in torej podelitev izključnosti naročnikova obveznost.

23 Predložitveno sodišče se nagiba k mnenju, da sistem sporazumov o rabatih, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, ne pomeni javnega naročila. Ker se namreč v ta sistem lahko vključijo vsi subjekti, ki izpolnjujejo postavljene pogoje in ki želijo sodelovati v njem, naj ne bi bilo izbire, zato naj ne bi bila podeljena ekonomska prednost kateremu od ponudnikov in naj torej ne bi obstajala nevarnost diskriminacije. Iz uvodne izjave 2 in člena 2 Direktive 2004/18 pa naj bi bilo razvidno, da je cilj prava o javnih naročilih prav preprečitev zlorab, ki so povezane s takimi nevarnostmi.

24 Predložitveno sodišče se v utemeljitev teh preudarkov po eni strani sklicuje na sodbo z dne 10. septembra 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), iz katere sklepa, da naročila ni nujno oddati v obliki javnega naročila, če obstaja zakonita alternativa, ki je bila v okviru zadeve v glavni stvari, v kateri je bila izdana navedena sodba, uporaba koncesije za storitve. Po njegovem mnenju se niti s primarnim niti s sekundarnim pravom ne zahteva, da morajo biti vse pridobitve nujno predmet javnega naročila. Meni, da če obstaja razlikovanje med javnim naročilom in koncesijo storitev na podlagi narave finančnega nadomestila, ki je določeno v pogodbi, nič ne izključuje, da je lahko (ne)obstoj izbire med zainteresiranimi gospodarskimi subjekti podlaga za še eno razlikovanje. Glede

tega predložitveno sodišče meni, da bi bila lahko ta ugotovitev posredno potrjena s sodbo z dne 15. julija 2010, Komisija/Nemčija (C-271/08, EU:C:2010:426), ker je Sodišče v točki 73 navedene sodbe ugotovilo, da je cilj direktiv o javnih naročilih, da se izključi nevarnost, da bi naročniki pri oddaji naročila dajali prednost nacionalnim ponudnikom ali kandidatom.

25 Po drugi strani se predložitveno sodišče sklicuje na Direktivo 2014/24, in sicer posebej na opredelitev pojma „javno naročanje“, uvedenega s to direktivo, ki izrecno napotuje na izbiro med gospodarskimi subjekti, in na drugi odstavek uvodne izjave 4 navedene direktive, v skladu s katerim so iz pojma javnega naročila izključeni primeri, v katerih se vsem gospodarskim subjektom, ki izpolnjujejo določene pogoje, brez kakršne koli selektivnosti dovoli opravljanje neke naloge, pri čemer eden od navedenih primerov očitno napotuje na sistem, ki je primerljiv s tem, o katerem teče postopek v glavni stvari. Meni, da čeprav se *ratione temporis* Direktiva 2014/24 ne uporabi v obravnavani zadevi, se z opredelitvijo pojma „javno naročanje“, ki ga vsebuje, medtem ko v Direktivi 2004/18 ta pojem ni opredeljen, ne uvaja nikakršna sprememba. Za pravo Unije na področju javnih naročil naj bi bil namreč vseskozi značilen element konkurence.

26 Če bi bilo treba šteti, da je izbira bistveni element javnega naročila in da torej postopek za dovolitev vključitve v sistem sporazumov o rabatih, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, načeloma ni postopek oddaje javnega naročila, predložitveno sodišče meni, da bi bilo treba opredeliti pogoje za pravilno uporabo takega postopka za dovolitev vključitve, ki morajo biti izpolnjeni, da lahko naročnik odstopi od uporabe postopka oddaje javnega naročila, ki vključuje izbiro enega ali več gospodarskih subjektov.

27 Navedeno sodišče poudarja, da načeli prepovedi diskriminacije in enakega obravnavanja ter obveznost preglednosti, ki izhajajo predvsem iz primarnega prava, zahtevajo določitev postopkovnih in materialnopravnih zahtev, ki morajo veljati tudi v okviru tega postopka za dovolitev vključitve, za zagotovitev, da je v njem dejansko izključena vsakršna selektivnost, brez dajanja konkurenčne prednosti kateremu koli od gospodarskih subjektov. Pravila organizacije postopka za dovolitev vključitve pa bi lahko povzročila diskriminacijo in različno obravnavanje.

28 Pogoji za pravilno izvedbo tega postopka bi lahko bili objava na ravni Unije v zvezi z uvedbo tega postopka in pogodbami, ki bodo sklenjene v njegovem okviru, jasnost pravil o ureditvi vključitve, vnaprejšnja določitev pogojev v pogodbah o pristopu k sistemu sporazumov o rabatih in možnost pristopiti kadar koli.

29 Zaradi te možnosti pristopiti kadar koli naj bi se postopek za dovolitev vključitve, kakršen je ta iz zadeve v glavni stvari, razlikoval od postopka sklepanja okvirnega sporazuma, ki je urejen s členom 32 Direktive 2004/18. Zahteva, ki je določena v odstavku 2, drugi pododstavek, tega člena, in sicer da se morajo naročila na podlagi okvirnega sporazuma oddati le gospodarskim subjektom, ki so stranke tega okvirnega sporazuma, naj bi namreč izhajala iz selektivne narave tovrstnega sporazuma. Predložitveno sodišče meni, da bi imela uvedba take omejitve v okviru postopka za dovolitev vključitve, s katero bi se določilo obdobje, po izteku katerega gospodarski subjekti več ne bi mogli pristopiti k sistemu sporazumov o rabatih, diskriminatoren učinek, ker bi z njim gospodarski subjekti, ki so pristopili k temu sistemu, pridobili konkurenčno prednost.

30 Po mnenju navedenega sodišča se z mehanizmom nadomestitve zdravila, ki je določen v členu 129 SGB V, v primeru pristopa k sistemu sporazumov o rabatih v smislu člena 130a(8) tega akta ne daje taka konkurenčna prednost. Položaj bi bil glede tega drugačen, če bi bil tak sporazum o rabatih sklenjen v okviru postopka oddaje javnega naročila. V zadnjenavedenem primeru bi izključnost, ki bi bila zagotovljena izbranemu gospodarskemu subjektu, povzročila, da bi bil ta v posebnem konkurenčnem položaju, oddaja naročila pa bi tako škodljivo vplivala na konkurenco. Če pa so taki sporazumi sklenjeni z vsemi zainteresiranimi gospodarskimi subjekti, bi bila nadomestitev zdravila izvedena na podlagi izbire, ki je ne bi opravil naročnik, ampak lekarnar ali pacient glede na nakupne pogoje, ki bi jih ponudili gospodarski subjekti, ki so pristopili k sistemu sporazumov o rabatih. Tako

bi se lahko zgodilo, da bi se proizvod nekaterih vključenih gospodarskih subjektov kupoval le redko. To bi se lahko zgodilo, čeprav bi se, tako kot v obravnavani zadevi, vključil zgolj en gospodarski subjekt. S priznanjem pravice vsem zainteresiranim gospodarskim subjektom, da se lahko kadar koli vključijo, bi se namreč naročnik odpovedal možnosti vplivanja na konkurenčni položaj, ta pa ni odvisen od možnosti nadomestitve zdravil vključenih gospodarskih subjektov, ampak od odločitve vsakega potencialno zainteresiranega gospodarskega subjekta, ali bo sodeloval v sistemu sporazumov o rabatih.

31 V tem okviru se je Oberlandesgericht Düsseldorf (višje deželno sodišče v Düsseldorfu) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ti vprašanji:

„1. Ali pojem ‚javnega naročila' iz člena 1(2)(a) Direktive 2004/18 ni več izpolnjen, če naročniki izpeljejo postopek za dovolitev vključitve, pri čemer oddajo naročilo, ne da bi izbrali enega ali več gospodarskih subjektov?

2. Če je treba na prvo vprašanje odgovoriti, da je izbira enega ali več gospodarskih subjektov značilnost javnega naročila […]: ali je treba element izbire gospodarskih subjektov[, ki bi v tem primeru pomenil, da se uporabi pojem ‚javno naročilo'] v smislu člena 1(2)(a) Direktive 2004/18/ES[,] glede na člen 2 Direktive 2004/18/ES razlagati tako, da lahko naročniki opustijo izbiro enega ali več gospodarskih subjektov v postopku za dovolitev vključitve le, če so izpolnjeni ti pogoji:

— izvedba odprtega postopka je objavljena na ravni Unije;

— določena so nedvoumna pravila za sklenitev pogodbe in za pristop k pogodbi;

— pogodbeni pogoji so od začetka določeni tako, da noben gospodarski subjekt ne more vplivati na vsebino pogodbe;

— gospodarskim subjektom je vedno zagotovljena pravica do pristopa in

— sklenitve pogodb je treba objaviti na ravni Unije?"

Vprašanji za predhodno odločanje

Prvo vprašanje

32 S prvim vprašanjem želi predložitveno sodišče v bistvu izvedeti, ali je treba člen 1(2)(a) Direktive 2004/18 razlagati tako, da je treba za javno naročilo v smislu te direktive šteti sistem sporazumov, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, s katerim javni subjekt namerava pridobiti blago na trgu tako, da v celotnem obdobju veljavnosti tega sistema sklepa pogodbe z vsemi gospodarskimi subjekti, ki se zavežejo, da bodo dobavili zadevno blago pod vnaprej določenimi pogoji, pri čemer ne izbira med zainteresiranimi gospodarskimi subjekti in jim dovoljuje, da pristopijo k navedenemu sistemu kadar koli med obdobjem, v katerem ta velja.

33 Res je sicer, da, kot navajajo nekateri zainteresirani subjekti, ki so Sodišču predložili pisna stališča, se v okviru tega sistema sklepajo odplačne pogodbe med javnim subjektom, ki je lahko naročnik v smislu Direktive 2004/18, in gospodarskimi subjekti za dobavo proizvodov, kar ustreza opredelitvi pojma „javno naročilo" iz člena 1(2)(a) te direktive.

34 Vendar je treba navesti, prvič, da je treba v skladu z uvodno izjavo 2 navedene direktive usklajevalne določbe, ki so uvedene z njo, razlagati v skladu z načeli Pogodbe DEU, zlasti z načeli prostega pretoka blaga, svobode ustanavljanja in svobode opravljanja storitev, ter z načeli, ki iz teh izhajajo, kot so enako obravnavanje, prepoved diskriminacije, vzajemno priznavanje, sorazmernost in preglednost, ki se uporabijo za oddaje javnih naročil v državah članicah.

35 Drugič, ker je usklajevanje postopkov oddaje javnih naročil na ravni Unije tako namenjeno varovanju interesov gospodarskih subjektov s sedežem v eni od držav članic, ki želijo ponujati blago ali storitve naročnikom s sedežem v drugi državi članici, je cilj Direktive 2004/18 izključiti nevarnost, da se nacionalnim ponudnikom ali kandidatom daje prednost v katerem koli postopku oddaje naročila, ki ga izvedejo naročniki (glej v tem smislu, kar zadeva prej veljavno direktivo o javnih naročilih storitev, sodbo z dne 10. novembra 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, točki 41 in 42 ter navedena sodna praksa).

36 Nevarnost, da bo dana prednost nacionalnim gospodarskim subjektom, ki se želi preprečiti z navedeno direktivo, pa je v bistvu tesno povezana z izbiro naročnika med sprejemljivimi ponudbami in z izključnostjo, ki bo zagotovljena z oddajo nameravanega naročila gospodarskemu subjektu, katerega ponudba bo izbrana, ali gospodarskim subjektom, katerih ponudbe bodo izbrane v primeru okvirnega sporazuma, kar je cilj postopka oddaje javnega naročila.

37 Zato ima, kadar javni subjekt želi skleniti pogodbe o nabavi z vsemi gospodarskimi subjekti, ki želijo dobaviti zadevne proizvode pod pogoji, ki jih postavi ta subjekt, nedoločitev gospodarskega subjekta, ki mu bo zagotovljena izključnost naročila, za posledico, da ravnanja tega naročnika ni treba omejiti s podrobnimi pravili Direktive 2004/18 tako, da se mu prepreči oddaja naročila z dajanjem prednosti nacionalnim gospodarskim subjektom.

38 Izbira ponudbe in torej uspešnega ponudnika je tako element, ki je neločljivo povezan z okvirom javnih naročil, kot je določen s to direktivo, in torej s pojmom „javno naročilo“ v smislu člena 1(2)(a) te direktive.

39 To ugotovitev potrjuje člen 43, prvi odstavek, (e), Direktive 2004/18, v skladu s katerim morajo naročniki za vsako naročilo, okvirni sporazum in vsako vzpostavitev dinamičnega nabavnega sistema pripraviti pisno poročilo, ki vsebuje ime uspešnega ponudnika in razloge za izbiro njegove ponudbe.

40 Poleg tega je treba navesti, da je to načelo izrecno navedeno v opredelitvi pojma „javno naročanje“, ki je odslej vsebovan v členu 1(2) Direktive 2014/24 in katerega element je, da naročnik izbere gospodarski subjekt, od katerega bo s pogodbo o izvedbi javnega naročila pridobil gradnje, blago ali storitve, ki so predmet tega naročila.

41 Nazadnje je treba navesti, da značilnost sistema sporazumov, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, in sicer njegova odprtost za zainteresirane gospodarske subjekte med celotnim obdobjem veljavnosti, in ne zgolj v predhodni fazi, med katero bi morala podjetja izraziti interes pri zadevnem javnem subjektu, zadošča za to, da se ta sistem razlikuje od okvirnega sporazuma. V skladu s členom 32(2), drugi pododstavek, Direktive 2004/18 se namreč naročila na podlagi okvirnega sporazuma lahko oddajo zgolj gospodarskim subjektom, ki so prvotne stranke tega okvirnega sporazuma.

42 Na prvo postavljeno vprašanje je torej treba odgovoriti, da je treba člen 1(2)(a) Direktive 2004/18 razlagati tako, da sistem sporazumov, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, s katerim javni subjekt namerava pridobiti blago na trgu tako, da v celotnem obdobju veljavnosti tega sistema sklepa pogodbe z vsemi gospodarskimi subjekti, ki se zavežejo, da bodo dobavili zadevno blago pod vnaprej določenimi pogoji, pri čemer ne izbira med zainteresiranimi gospodarskimi subjekti in jim dovoljuje, da pristopijo k navedenemu sistemu kadar koli med obdobjem, v katerem ta velja, ne pomeni javnega naročila v smislu te direktive.

Drugo vprašanje

43 Predložitveno sodišče želi z drugim vprašanjem v bistvu izvedeti, pod katerimi pogoji je postopek za dovolitev vključitve v sistem sporazumov, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, dopusten z vidika prava Unije.

44 Navesti je treba, da se za tak postopek, če je v zvezi z njegovim predmetom podan nedvomen čezmejni interes, uporabijo temeljna pravila Pogodbe DEU, zlasti načeli prepovedi diskriminacije in enakega obravnavanja gospodarskih subjektov ter iz njiju izhajajoča obveznost preglednosti, ki zahteva ustrezno objavo. Glede tega imajo države članice v položaju, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, polje proste presoje v zvezi s sprejetjem ukrepov za zagotovitev spoštovanja načela enakega obravnavanja in obveznosti preglednosti.

45 Vendar zahteva po preglednosti pomeni, da je potrebna objava, na podlagi katere se potencialno zainteresirani gospodarski subjekti lahko ustrezno seznanijo s potekom in bistvenimi značilnostmi postopka za dovolitev vključitve, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari.

46 Predložitveno sodišče mora presoditi, ali postopek za dovolitev vključitve iz postopka v glavni stvari te zahteve izpolnjuje.

47 Na drugo postavljeno vprašanje je treba torej odgovoriti, da če je s predmetom postopka za dovolitev vključitve v sistem sporazumov, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, podan nedvomen čezmejni interes, mora biti ta postopek določen in izpeljan v skladu s temeljnimi pravili Pogodbe DEU, zlasti z načeloma prepovedi diskriminacije in enakega obravnavanja gospodarskih subjektov ter obveznostjo preglednosti, ki izhaja iz njiju.

Stroški

48 Ker je ta postopek za stranki v postopku v glavni stvari ena od stopenj v postopku pred predložitvenim sodiščem, to odloči o stroških. Stroški za predložitev stališč Sodišču, ki niso stroški omenjenih strank, se ne povrnejo.

Iz teh razlogov je Sodišče (peti senat) razsodilo:

1. **Člen 1(2)(a) Direktive 2004/18/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 31. marca 2004 o usklajevanju postopkov za oddajo javnih naročil gradenj, blaga in storitev je treba razlagati tako, da sistem sporazumov, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, s katerim javni subjekt namerava pridobiti blago na trgu tako, da v celotnem obdobju veljavnosti tega sistema sklepa pogodbe z vsemi gospodarskimi subjekti, ki se zavežejo, da bodo dobavili zadevno blago pod vnaprej določenimi pogoji, pri čemer ne izbira med zainteresiranimi gospodarskimi subjekti in jim dovoljuje, da pristopijo k navedenemu sistemu kadar koli med obdobjem, v katerem ta velja, ne pomeni javnega naročila v smislu te direktive.**

2. **Če je s predmetom postopka za dovolitev vključitve v sistem sporazumov, kakršen je ta iz postopka v glavni stvari, podan nedvomen čezmejni interes, mora biti ta postopek določen in izpeljan v skladu s temeljnimi pravili Pogodbe DEU, zlasti z načeloma prepovedi diskriminacije in enakega obravnavanja gospodarskih subjektov ter obveznostjo preglednosti, ki izhaja iz njiju.**

Podpisi