Rättsfallssamlingen

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)

den 2 juni 2016*

”Begäran om förhandsavgörande — Offentlig upphandling — Direktiv 2004/18/EG — Artikel 1.2 a — Begreppet ’offentligt kontrakt’ — System för anskaffning av varor som innebär att varje ekonomisk aktör som uppfyller på förhand uppställda krav ska godkännas som leverantör — Leverans av ersättningsgilla läkemedel inom ramen för ett allmänt system för social trygghet — Avtal som en sjukförsäkringskassa ingår med alla de leverantörer av läkemedel innehållande ett visst verksamt ämne som har accepterat att medge en på förhand bestämd nedsättning av försäljningspriset — Lagstiftning som innebär att ett ersättningsgillt läkemedel som saluförs av en aktör som inte har ingått ett sådant avtal i princip ska bytas ut mot ett läkemedel av samma slag som saluförs av en aktör som har ingått ett sådant avtal”

I mål C-410/14

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland) genom beslut av den 13 augusti 2014, som inkom till domstolen den 29 augusti 2014, i målet

Dr. Falk Pharma GmbH

mot

DAK-Gesundheit

ytterligare deltagare i rättegången:

Kohlpharma GmbH

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden på fjärde avdelningen T. von Danwitz, tillika tillförordnad ordförande på femte avdelningen, samt domarna D. Šváby (referent), A. Rosas, E. Juhász och C. Vajda,

generaladvokat: P. Cruz Villalón,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

* Rättegångsspråk: tyska.

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

— Dr. Falk Pharma GmbH, genom M. Ulshöfer, Rechtsanwalt,

— DAK-Gesundheit, genom A. Csaki, Rechtsanwalt,

— Kohlpharma GmbH, genom C. Stumpf, Rechtsanwalt,

— Tysklands regering, genom T. Henze och A. Lippstreu, båda i egenskap av ombud,

— Greklands regering, genom K. Nasopoulou och S. Lekkou, båda i egenskap av ombud,

— Sveriges regering, genom A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg och F. Sjövall, samtliga i egenskap av ombud,

— Europeiska kommissionen, genom C. Hermes och A. Tokár, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande, meddelar

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 2004, s. 114, och rättelse i EUT L 351, 2004, s. 44).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Dr. Falk Pharma GmbH (nedan kallat Falk) och sjukförsäkringskassan DAK-Gesundheit (nedan kallat DAK), varvid Kohlpharma GmbH är ytterligare deltagare i rättegången. Målet rör ett förfarande som DAK inlett i syfte att ingå avtal om prisnedsättning med företag som saluför ett läkemedel i vilket det verksamma ämnet är mesalazin, och vilket ledde till att ett sådant avtal ingicks med Kohlpharma.

Tillämpliga bestämmelser

Unionsrätt

3 Skälen 2 och 3 i direktiv 2004/18 har följande lydelse:

”(2) Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. För offentliga kontrakt över ett visst värde är det dock tillrådligt att upprätta bestämmelser om samordning inom gemenskapen av nationella förfaranden för tilldelning av sådana kontrakt på grundval av dessa principer för att sörja för att de får effekt och för att garantera att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Bestämmelserna om samordning bör därför tolkas i överensstämmelse med såväl de ovannämnda reglerna och principerna som andra bestämmelser i fördraget.

(3) Bestämmelserna om samordning bör i största möjliga utsträckning överensstämma med gällande förfaranden och praxis i de enskilda medlemsstaterna.”

4 I skäl 11 i direktivet anges följande:

”En gemenskapsdefinition av ramavtal bör fastställas, liksom särskilda regler för ramavtal som ingås för kontrakt som omfattas av detta direktiv. Enligt dessa regler får en upphandlande myndighet när den ingår ett ramavtal i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv om bland annat offentliggörande, tidsfrister och villkor för anbudsgivning, under ramavtalets löptid ingå kontrakt som grundas på sådana ramavtal antingen genom att tillämpa villkoren i ramavtalet eller, om inte samtliga villkor fastställts i förväg, genom att på nytt inbjuda parterna i ramavtalet att lämna anbud utan fastställda villkor. …”

5 I artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 föreskrivs att med ”offentliga kontrakt” avses ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i detta direktiv”.

6 I artikel 1.5 i samma direktiv definieras begreppet ”ramavtal” på följande sätt:

”*ramavtal*: ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.”

7 Artikel 2 i nämnda direktiv har följande lydelse:

”Upphandlande myndigheter skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.”

8 I artikel 32 i direktiv 2004/18 föreskrivs följande:

”…

2. En upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i detta direktiv i alla faser fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på detta ramavtal. Valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i artikel 53.

Kontrakt som bygger på ett ramavtal […] skall tilldelas i enlighet med de förfaranden som avses i punkterna 3 och 4. Dessa förfaranden får bara tillämpas mellan de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet.

…

4. Om ett ramavtal sluts med flera ekonomiska aktörer måste dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna och/eller godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera ekonomiska aktörer kan ske antingen

— genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud, eller

— om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som, om det är nödvändigt skall preciseras, och, vid behov, andra villkor, som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet i enlighet med följande förfarande:

… ”

9 I artikel 43 första stycket i nämnda direktiv föreskrivs följande:

”För varje kontrakt, varje ramavtal och varje genomförande av ett dynamiskt inköpssystem skall den upphandlande myndigheten upprätta ett protokoll, som minst skall innehålla följande:

…

e) Namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, skälen till att hans anbud valts och, om det är känt, uppgift om hur stor del av kontraktet eller ramavtalet som den utvalda anbudsgivaren avser att lägga ut på tredje part.

… ”

10 I Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18 (EUT L 94, 2014, s. 65) – där det i artikel 90.1 föreskrivs att de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv ska sättas i kraft senast den 18 april 2016 – definieras upphandling på följande sätt i artikel 1.2:

”Med upphandling avses i detta direktiv en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.”

Nationell rätt

11 Enligt 129 § punkt 1 i Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung (volym V om lagstadgad sjukförsäkring i lagen om social trygghet) (nedan kallad SGB V) ska apoteken – vid tillhandahållande av ett läkemedel som har skrivits ut med angivande av dess verksamma ämne, och då den förskrivande läkaren inte utesluter att läkemedlet byts ut mot ett läkemedel med motsvarande verksamma ämne – byta ut det läkemedel som skrivits ut mot ett läkemedel med motsvarande verksamma ämne som omfattas av ett avtal om prisnedsättning som har ingåtts i enlighet med 130a § punkt 8 SGB V.

12 Enligt sistnämnda bestämmelse kan sjukförsäkringskassorna eller deras sammanslutningar ingå avtal med läkemedelsföretag om nedsättning av försäljningspriset på läkemedel som dessa sjukförsäkringskassor finansierar, för en tidsperiod på två år.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

13 Den 28 augusti 2013 offentliggjorde DAK, i bilagan till *Europeiska unionens officiella tidning*, ett meddelande om ”ett auktorisationsförfarande” i syfte att avtal om prisnedsättning skulle ingås i enlighet med 130a § punkt 8 SGB V med avseende på läkemedel med det verksamma ämnet mesalazin. Prisnedsättningen fastställdes till 15 procent av priset ”fritt fabrik” och den tidsperiod som avsågs var från den 1 oktober 2013 till den 30 september 2015.

14 Nämnda auktorisationsförfarande innebar att alla berörda företag som uppfyllde uppställda kriterier godkändes och att identiska avtal, vars innehåll hade fastställts på förhand och inte var förhandlingsbart, kunde ingås med vart och ett av dessa företag. Dessutom hade andra företag som uppfyllde nämnda kriterier fortfarande möjlighet att på samma villkor ansluta sig till systemet för avtal om prisnedsättning under systemets giltighetstid.

15 I meddelandet av den 28 augusti 2013 angavs att nämnda förfarande inte omfattades av bestämmelserna om offentlig upphandling.

16 Kohlpharma var det enda företag som visade intresse som en följd av det aktuella meddelandet. Den 5 december 2013 ingicks ett avtal med det företaget. Det system som föreskrivs i 129 § punkt 1 i SGB V för att byta ut ett läkemedel mot ett annat infördes från och med den 1 januari 2014 i det datasystem som farmaceuterna använder. Det informerades om att detta avtal hade ingåtts genom ett meddelande i EUT den 22 februari samma år.

17 Den 17 januari 2014 överklagade Falk till Vergabekammer des Bundes (federala nämnden för tillsyn av offentliga upphandlingar, Tyskland). Falk yrkade att nämnden skulle fastställa att det auktorisationsförfarande som DAK hade inlett och det enda avtal som det förfarandet utmynnade i var oförenliga med bestämmelserna om offentlig upphandling. Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf, Tyskland) är behörig att pröva detta överklagande.

18 Falk har inom ramen för sitt överklagande gjort gällande att bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga så snart som ett organ som kan anses utgöra en upphandlande myndighet förvärvar varor på marknaden, och att de bestämmelserna innebär att en anbudsinfordran ska äga rum, vilket medför att exklusiva avtal ingås.

19 DAK anser däremot att en upphandlande myndighet har rätt att välja även andra metoder än offentliga upphandlingar vid förvärv av de varor och tjänster som den har behov av. DAK menar med andra ord att det står den upphandlande myndigheten fritt att tilldela ett exklusivt kontrakt, efter att ha fattat ett urvalsbeslut, men även att ingå avtal med samtliga berörda företag utan att göra något urval. Enligt DAK är förekomsten av ett urvalsbeslut en förutsättning för att det ska anses föreligga ett ”offentligt kontrakt” i den mening som avses i direktiv 2004/18 och i unionsrätten på området. Om något urval inte gjorts, utgör avtal såsom det som är i fråga i det nationella målet inte några offentliga kontrakt.

20 Kohlpharma anser att en upphandlande myndighets möjligheter att fritt välja vilket slags avtal som krävs när det föreligger en skyldighet att tillhandahålla en offentlig tjänst följer av EU-domstolens praxis på området för tjänstekoncessioner.

21 Den hänskjutande domstolen har angett att det för frågan om Falks överklagande kan upptas till prövning är avgörande om ett avtal om anslutning till systemet med avtal om prisnedsättning i den mening som avses i 130a § punkt 8 SGB V som ingåtts inom ramen för ett auktorisationsförfarande med samtliga intresserade ekonomiska aktörer utan att något urval görs, utgör ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18. Det ska med andra ord klargöras om ett offentligt kontrakt kännetecknas av att den upphandlande myndigheten träffar ett val, som innebär att den utvalda aktören ges exklusivitet. Om så anses vara fallet, utgör inte ett auktorisationsförfarande som har till syfte att avtal ska ingås med samtliga intresserade ekonomiska aktörer ett förfarande för offentlig upphandling.

22 Den hänskjutande domstolen har angett att det i nationell rättspraxis råder delade meningar om hur denna fråga ska besvaras. Vissa domstolar har funnit att ett offentligt kontrakt är ett avtal som ger den utvalda aktören exklusivitet, vilket innebär att avtal som ingås med samtliga intresserade aktörer inte utgör offentliga kontrakt. Andra domstolar anser att alla avtal som ingås av en upphandlande myndighet utgör offentliga kontrakt, och att det är den upphandlande myndighetens skyldighet att välja ut en av anbudsgivarna, som sedan ges exklusivitet.

23 Den hänskjutande domstolen är benägen att anse att ett system med avtal om prisnedsättning såsom det som är i fråga i det nationella målet inte utgör ett offentligt kontrakt. Eftersom alla aktörer som uppfyller de fastställda kriterierna och som ansöker om att omfattas av systemet får delta, sker det inte något urval. Således ges inte någon av aktörerna någon ekonomisk fördel och ingen riskerar att diskrimineras. Såsom följer av skäl 2 och artikel 2 i direktiv 2004/18 har bestämmelserna om offentlig upphandling just till syfte att förhindra det missbruk som denna typ av risker kan medföra.

24 Den hänskjutande domstolen har till stöd för sitt synsätt hänvisat till domen av den 10 september 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540). Av denna dom drar den hänskjutande domstolen slutsatsen att ett kontrakt inte med nödvändighet ska tilldelas såsom ett offentligt kontrakt när det finns ett i lag föreskrivet alternativ som, inom ramen för det nationella mål som gav upphov till den domen, bestod i tilldelning av tjänstekoncessioner. Enligt den hänskjutande domstolen följer det varken av primärrätten eller av sekundärrätten att alla förvärv måste vara föremål för en offentlig upphandling. Den finner vidare att även om det föreligger en skillnad mellan begreppen offentligt kontrakt och tjänstekoncession, i förhållande till vilket slags ekonomisk motprestation som anges i avtalet, finns det inget som utesluter att förekomsten eller ej av ett val bland de intresserade ekonomiska aktörerna kan utgöra en annan skillnad. Den hänskjutande domstolen anser att domen av den 15 juli 2010, kommissionen/Tyskland (C-271/08, EU:C:2010:426) indirekt skulle kunna utgöra stöd för den slutsatsen. I den domen slog EU-domstolen nämligen, i punkt 73, fast att direktiven på området för offentlig upphandling har till syfte att utesluta risken för att nationella anbudsgivare eller nationella anbudssökande ges företräde när de upphandlande myndigheterna tilldelar kontrakt.

25 Vidare har den hänskjutande domstolen hänvisat till direktiv 2014/24. Den har särskilt framhållit definitionen av begreppet ”offentlig upphandling” i det direktivet, som uttryckligen innefattar valet av vilka ekonomiska aktörer som får delta, och andra stycket i skäl 4 i samma direktiv, där det anges att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet inte ses som upphandling, och där ett av exemplen förefaller avse ett system som är jämförbart med det som är aktuellt i det nationella målet. Den hänskjutande domstolen finner att även om direktiv 2014/24 i förevarande fall inte är tillämpligt i tiden (*ratione temporis*), innebär inte definitionen av begreppet ”offentlig upphandling” i det direktivet någon förändring, då nämnda begrepp inte definieras i direktiv 2004/18. Unionsrätten på området för offentlig upphandling har nämligen alltid kännetecknats av att de olika aktörerna konkurrerar med varandra.

26 För det fall att den omständigheten att det sker ett urval anses vara kännetecknande för ett offentligt kontrakt, och att ett auktorisationsförfarande för anslutning till ett system med avtal om prisnedsättning såsom det som är i fråga i det nationella målet i princip inte utgör ett förfarande för offentlig upphandling, anser den hänskjutande domstolen att villkoren för när ett sådant auktorisationsförfarande ska anses vara rättsenligt bör preciseras, vilka villkor ska iakttas för att en upphandlande myndighet ska kunna underlåta att inleda ett förfarande för offentlig upphandling varigenom en eller flera aktörer väljs ut.

27 Den hänskjutande domstolen har understrukit att icke-diskrimineringsprincipen, likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, vilka framför allt följer av primärrätten, innebär att det föreligger processuella och materiella krav som även ska iakttas inom ramen för detta auktorisationsförfarande. Syftet är att säkerställa att det inte förekommer några inslag av selektivitet inom ramen för det förfarandet vilka ger någon aktör en konkurrensfördel. Bestämmelserna om genomförande av ett auktorisationsförfarande skulle nämligen kunna medföra diskriminering och olika behandling.

28 Villkoren för att ett sådant förfarande ska anses vara rättsenligt skulle kunna vara att man i hela unionen tillkännager att förfarandet inleds och upplyser om de avtal som kommer att ingås inom ramen för det förfarandet, att de bestämmelser som rör anslutningen till systemet är klara och tydliga, att innehållet i avtalen om anslutning till systemet med avtal om prisnedsättning fastställs på förhand och att det ges möjlighet att när som helst ansluta sig till systemet.

29 Nämnda möjlighet att när som helst ansluta sig till systemet skulle skilja ett auktorisationsförfarande som det som är i fråga i det nationella målet från ett sådant upphandlingsförfarande avseende ett ramavtal som omfattas av artikel 32 i direktiv 2004/18. Det krav som uppställs i artikel 32.2 andra stycket i nämnda direktiv, som innebär att kontrakt som bygger på ett ramavtal endast får ingås med de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet, följer av den selektiva karaktären hos denna typ av avtal. Enligt den hänskjutande domstolen skulle det leda till diskriminering om en sådan begränsning tillämpades inom ramen för ett auktorisationsförfarande genom att det skulle fastställas en tidsfrist som innebar att en aktör inte längre kunde ansluta sig till systemet med avtal om prisnedsättning efter det att fristen löpt ut. Om det förhöll sig på det sättet skulle nämligen de aktörer som anslutit sig till systemet ges en konkurrensfördel.

30 Den hänskjutande domstolen anser att det i 129 § SGB V föreskrivna systemet som innebär att ett läkemedel byts ut mot ett annat inte ger en sådan konkurrensfördel vid anslutning till ett system med avtal om prisnedsättning i den mening som avses i 130a § punkt 8 i samma lag. Situationen skulle i detta avseende vara en annan om ett sådant avtal om prisnedsättning ingicks inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling. I sistnämnda fall skulle den exklusivitet som den som tilldelas kontraktet åtnjuter medföra att vederbörande ges en särskild konkurrensställning. Tilldelningen av kontraktet skulle således ha en betydande inverkan på konkurrensen. När sådana avtal däremot ingås med samtliga intresserade aktörer, sker ersättningen av ett läkemedel mot ett annat läkemedel mot bakgrund av ett val som farmaceuten eller patienten, och inte den upphandlande myndigheten, gör i förhållande till de köpvillkor som de aktörer erbjuder som anslutit sig till systemet med avtal om prisnedsättning. Det skulle således kunna bli så, att vissa av de aktörer som anslutit sig till systemet endast i sällsynta fall får sina varor sålda. Det skulle förhålla sig på det sättet även om, såsom i förevarande fall, endast en aktör anslutit sig till systemet. Genom att intresserade aktörer har rätt att när som helst ansluta sig till systemet, har den upphandlande myndigheten nämligen avsagt sig möjligheten att påverka konkurrenssituationen. Konkurrenssituationen påverkas nämligen inte av möjligheten att byta ut de olika anslutna aktörernas läkemedel, utan av det beslut som fattas av varje potentiellt intresserad aktör att delta eller inte delta i systemet med avtal om prisnedsättning.

31 Mot denna bakgrund beslutade Oberlandesgericht Düsseldorf (Regionala överdomstolen i Düsseldorf) att vilandeförklara målet och att ställa följande frågor till EU-domstolen:

”1) Ska det inte längre anses vara fråga om ett offentligt kontrakt i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 när en upphandlande myndighet genomför ett auktorisationsförfarande vid vilket ett kontrakt tilldelas utan att nämnda myndighet därvid väljer ut en eller flera ekonomiska aktörer?

2) För det fall fråga 1 ska besvaras så, att urvalet av en eller flera ekonomiska aktörer är kännetecknande för ett offentligt kontrakt, … ska den omständigheten som avser urvalet av ekonomiska aktörer [som begreppet ’offentligt kontrakt’ i ett sådant fall skulle innebära], i den mening som avses i artikel 1.2 a i direktiv 2004/18, med hänsyn till artikel 2 i samma direktiv tolkas på så sätt att en upphandlande myndighet, genom ett auktorisationsförfarande, kan avstå från att välja ut en eller flera ekonomiska aktörer endast om följande villkor är uppfyllda:

— auktorisationsförfarandet offentliggörs i hela unionen,

— klara och tydliga bestämmelser har antagits angående ingående av avtal och anslutning,

— avtalsvillkoren har fastställts på förhand på ett sådant sätt att ingen ekonomisk aktör kan påverka avtalsinnehållet,

— ekonomiska aktörer har rätt att när som helst ansluta sig till systemet, och

— de avtal som ingåtts offentliggörs i hela unionen?”

Prövning av tolkningsfrågorna

Den första frågan

32 Den hänskjutande domstolen har ställt den första frågan för att få klarhet i huruvida artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att det ska anses föreligga ett offentligt kontrakt i den mening som avses i det direktivet när det inrättas ett system med avtal, såsom det system som är i fråga i det nationella målet, inom ramen för vilket ett offentligt organ ämnar förvärva varor på marknaden genom att, under detta systems hela giltighetstid, ingå avtal med varje ekonomisk aktör som åtar sig att leverera de berörda varorna på i förväg fastställda villkor, utan att nämnda offentliga organ därvid gör något val mellan intresserade ekonomiska aktörer och varvid de ekonomiska aktörerna ges möjlighet att ansluta sig till nämnda system under systemets hela giltighetstid.

33 Såsom vissa av dem som har inkommit med skriftliga yttranden till EU-domstolen har påpekat, innebär ett sådant system visserligen att kontrakt med ekonomiska villkor ingås mellan ett offentligt organ, som skulle kunna utgöra en upphandlande myndighet i den mening som avses i direktiv 2004/18, och ekonomiska aktörer, avseende leverans av varor, vilket motsvarar definitionen av begreppet ”offentligt kontrakt” i artikel 1.2 a i samma direktiv.

34 I skäl 2 i nämnda direktiv anges emellertid att de bestämmelser om samordning som direktivet inrättar bör tolkas i överensstämmelse med principerna i EUF-fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster, samt med de principer som följer därav, såsom principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen, vilka ska iakttas vid förfaranden för offentlig upphandling i medlemsstaterna.

35 Vidare har samordningen på unionsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster till syfte att skydda intressena hos de ekonomiska aktörer som är etablerade i en medlemsstat och som har för avsikt att erbjuda varor eller tjänster åt upphandlande myndigheter i en annan medlemsstat. Följaktligen är målsättningen med direktiv 2004/18 att undanröja risken för att nationella anbudsgivare eller nationella anbudssökande ges företräde när upphandlande myndigheter tilldelar kontrakt (se, för ett liknande resonemang, beträffande det tidigare gällande direktivet om offentlig upphandling av tjänster, dom av den 10 november 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, punkterna 41 och 42 samt där angiven rättspraxis).

36 I huvudsak är emellertid risken för att de nationella ekonomiska aktörerna ges en förmånligare behandling, vilken nämnda direktiv har till syfte att undanröja, nära förknippad med det urval som den upphandlande myndigheten avser att göra bland de godtagbara anbuden och den exklusivitet som sedan följer av att det aktuella kontraktet tilldelas den aktör vars anbud har valts ut, eller de ekonomiska aktörer vars anbud har valts ut för det fall det rör sig om ett ramavtal, vilket utgör syftet med ett förfarande för offentlig upphandling.

37 När ett offentligt organ avser att ingå leveransavtal med alla ekonomiska aktörer som önskar leverera de berörda varorna på de villkor som nämnda organ har angett, innebär således den omständigheten att man inte väljer ut någon ekonomisk aktör som ges ensamrätt till ett kontrakt att det inte är nödvändigt att låta denna upphandlande myndighets agerande omfattas av de precisa bestämmelserna i direktiv 2004/18 för att förhindra att denna behandlar de nationella aktörerna förmånligare vid tilldelningen av ett kontrakt.

38 Urvalet av ett anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare ska därför anses vara ett grundläggande kriterium med avseende på offentlig upphandling i den mening som avses i detta direktiv och således för begreppet ”offentligt kontrakt” i den mening som avses i artikel 1.2a i samma direktiv.

39 Det finns stöd för detta synsätt i artikel 43 första stycket e i direktiv 2004/18, där det anges att den upphandlande myndigheten för varje kontrakt, varje ramavtal och varje genomförande av ett dynamiskt inköpssystem ska upprätta ett protokoll, som ska innehålla namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet och skälen till att vederbörandes anbud valts.

40 Denna princip anges uttryckligen i definitionen av begreppet ”upphandling” som numera återfinns i artikel 1.2 i direktiv 2014/24. Ett av kriterierna däri är att den upphandlande myndigheten ska ha valt ut den ekonomiska aktör från vilken den sedan genom ett offentligt kontrakt anskaffar de byggentreprenader, varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen.

41 EU-domstolen framhåller slutligen att det som särskilt kännetecknar ett system med avtal såsom det som är i fråga i det nationella målet – nämligen att det under systemets hela giltighetstid står intresserade aktörer fritt att ansluta sig, och att det således inte endast under en begränsad inledande period är möjligt för företagen att anmäla sitt intresse till det berörda offentliga organet – räcker för att skilja detta system från ett ramavtal. Enligt artikel 32.2 andra stycket i direktiv 2004/18 får kontrakt som bygger på ett ramavtal nämligen endast ingås med de ekonomiska aktörer som från början är parter i ramavtalet.

42 Den första frågan ska således besvaras enligt följande. Artikel 1.2 a i direktiv 2004/18 ska tolkas på så sätt att det inte ska anses föreligga ett offentligt kontrakt i den mening som avses i det direktivet när det inrättas ett system med avtal, såsom det system som är i fråga i det nationella målet, inom ramen för vilket ett offentligt organ ämnar förvärva varor på marknaden genom att, under detta systems hela giltighetstid, ingå avtal med varje ekonomisk aktör som åtar sig att leverera de berörda varorna på i förväg fastställda villkor, utan att nämnda offentliga organ därvid gör något val mellan intresserade ekonomiska aktörer och varvid de ekonomiska aktörerna ges möjlighet att ansluta sig till nämnda system under systemets hela giltighetstid.

Den andra frågan

43 Den hänskjutande domstolen har ställt den andra frågan för att få klarhet i vilka villkor som ska vara uppfyllda för att ett sådant auktorisationsförfarande för anslutning till ett system med avtal som det som är i fråga i det nationella målet ska anses vara rättsenligt i förhållande till unionsrätten.

44 EU-domstolen framhåller att ett sådant förfarande – förutsatt att det står klart att föremålet för förfarandet är av ett gränsöverskridande intresse – ska omfattas av de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principen om förbud mot diskriminering och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn som innebär krav på ändamålsenligt offentliggörande. Medlemsstaterna förfogar härvid – i en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet – över ett visst utrymme för skönsmässig bedömning när de vidtar åtgärder som är ägnade att säkerställa att likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn iakttas.

45 Skyldigheten att lämna insyn förutsätter emellertid ett offentliggörande som gör det möjligt för potentiellt intresserade ekonomiska aktörer att i vederbörlig ordning få kännedom om hur ett sådant auktorisationsförfarande som det som är i fråga i det nationella målet går till och vad som huvudsakligen kännetecknar förfarandet.

46 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida det auktorisationsförfarande som är i fråga i det nationella målet motsvarar dessa krav.

47 Den andra tolkningsfrågan ska således besvaras enligt följande. Förutsatt att det står klart att föremålet för ett sådant auktorisationsförfarande för anslutning till ett system med avtal som det som är i fråga i det nationella målet är av ett gränsöverskridande intresse, ska förfarandet utformas och genomföras på

ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principen om förbud mot diskriminering och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn.

Rättegångskostnader

48 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (femte avdelningen) följande:

1) **Artikel 1.2 a i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska tolkas på så sätt att det inte ska anses föreligga ett offentligt kontrakt i den mening som avses i det direktivet när det inrättas ett system med avtal, såsom det system som är i fråga i det nationella målet, inom ramen för vilket ett offentligt organ ämnar förvärva varor på marknaden genom att, under detta systems hela giltighetstid, ingå avtal med varje ekonomisk aktör som åtar sig att leverera de berörda varorna på i förväg fastställda villkor, utan att nämnda offentliga organ därvid gör något val mellan intresserade ekonomiska aktörer och varvid de ekonomiska aktörerna ges möjlighet att ansluta sig till nämnda system under systemets hela giltighetstid.**

2) **Förutsatt att det står klart att föremålet för ett sådant auktorisationsförfarande för anslutning till ett system med avtal som det som är i fråga i det nationella målet är av ett gränsöverskridande intresse, ska förfarandet utformas och genomföras på ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principen om förbud mot diskriminering och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn.**

Underskrifter