



## Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (pátého senátu)

2. června 2016\*

„Řízení o předběžné otázce — Veřejné zakázky — Směrnice 2004/18/ES — Článek 1 odst. 2 písm. a) — Pojem ‚veřejná zakázka‘ — Systém nakupování zboží spočívající v tom, že jako dodavatel je připuštěn každý hospodářský subjekt, který splňuje předem stanovené podmínky — Dodávání léčivých přípravků hrazených z obecného systému sociálního zabezpečení — Dohody uzavřené zdravotní pojišťovnou se všemi dodavateli léčivých přípravků s danou účinnou látkou, kteří souhlasí s poskytnutím slevy v předem stanovené výši z prodejní ceny — Právní úprava, která stanoví v zásadě povinnost nahradit léčivý přípravek hrazený ze zdravotního pojištění a uváděný na trh subjektem, jenž neuzavřel takovou dohodu, léčivým přípravkem téhož druhu a uváděným na trh subjektem, který takovou dohodu uzavřel“

Ve věci C-410/14,

jejímž předmětem je žádost o rozhodnutí o předběžné otázce na základě článku 267 SFEU, podaná rozhodnutím Oberlandesgericht Düsseldorf (vrchní zemský soud v Düsseldorfu, Německo) ze dne 13. srpna 2014, došlým Soudnímu dvoru dne 29. srpna 2014, v řízení

**Dr. Falk Pharma GmbH**

proti

**DAK-Gesundheit**

za účasti:

**Kohlpharma GmbH**

SOUDNÍ DVŮR (pátý senát),

ve složení T. von Danwitz, předseda čtvrtého senátu, vykonávající funkci předsedy pátého senátu, D. Šváby (zpravodaj), A. Rosas, E. Juhász a C. Vajda, soudci,

generální advokát: P. Cruz Villalón,

vedoucí soudní kanceláře: A. Calot Escobar,

s přihlédnutím k písemné části řízení,

s ohledem na vyjádření předložená:

— za Dr. Falk Pharma GmbH M. Ulshöferem, Rechtsanwalt,

\* Jednací jazyk: němčina.

- za DAK-Gesundheit A. Csakim, Rechtsanwalt,
- za Kohlpharma GmbH C. Stumpfem, Rechtsanwalt,
- za německou vládu T. Henzem a A. Lippstreuem, jako zmocněnci,
- za řeckou vládu K. Nasopoulou a S. Lekkou, jako zmocněnkyněmi,
- za švédskou vládu A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlssonem, L. Swedenborgem a M. F. Sjövallem, jako zmocněnci,
- za Evropskou komisi C. Hermesem a A. Tokárem, jako zmocněnci,

s přihlédnutím k rozhodnutí, přijatému po vypořádání generálního advokáta, rozhodnout věc bez stanoviska,

vydává tento

### **Rozsudek**

- 1 Žádost o rozhodnutí o předběžné otázce se týká výkladu čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (Úř. věst. L 134, s. 114; Zvl. vyd. 06/07, s. 132).
- 2 Tato žádost byla předložena v rámci sporu mezi společnostmi Dr. Falk Pharma GmbH (dále jen „Falk“) na straně jedné a zdravotní pojišťovnou DAK-Gesundheit (dále jen „DAK“) na straně druhé, za účasti společnosti Kohlpharma GmbH, jehož předmětem je řízení, které DAK zahájila s cílem uzavřít dohody o slevách s podniky uvádějícími na trh léčivé přípravky s účinnou látkou mesalazin a ve kterém byla taková dohoda uzavřena se společností Kohlpharma.

### **Právní rámec**

#### *Unijní právo*

- 3 Body 2 a 3 odůvodnění směrnice 2004/18 znějí následovně:
  - „(2) Zadávání zakázek sjednaných v členských státech jménem státu, regionálních nebo místních orgánů a jiných veřejnoprávních subjektů musí dodržovat zásady Smlouvy, zejména [zásadu] volného pohybu zboží, [zásadu] svobody usazování a [zásadu] svobodného poskytování služeb a [zásady] z nich odvozen[é], jako je zásada rovného zacházení, zásada zákazu diskriminace, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality a zásada transparentnosti. Pro veřejné zakázky, které převyšují určitou hodnotu, je žádoucí, aby byla vypracována ustanovení zavádějící na úrovni Společenství koordinaci vnitrostátních zadávacích řízení těchto zakázek, jež by byla založena na těchto zásadách, aby zajistila jejich účinnost a zaručila otevření zadávání veřejných zakázek hospodářské soutěži. Tato koordinační ustanovení by proto měla být vykládána v souladu s výše uvedenými pravidly a zásadami, jakož i dalšími pravidly Smlouvy.
  - (3) Tato koordinační ustanovení by měla být v co nejvyšší míře v souladu s platnými postupy a zvyklostmi v jednotlivých členských státech.“

4 V bodě 11 odůvodnění této směrnice se uvádí:

„Je vhodné stanovit na úrovni Společenství definici rámcových dohod a zvláštních pravidel pro rámcové dohody uzavřené pro zakázky spadající do oblasti působnosti této směrnice. Podle těchto pravidel, pokud veřejný zadavatel uzavře v souladu s touto směrnicí rámcovou dohodu, jež se týká zejména zveřejňování, lhůt a podmínek pro podávání nabídek, může sjednat zakázky založené na této rámcové dohodě v době platnosti této dohody buď za použití podmínek stanovených v rámcové dohodě, nebo pokud nebyly všechny podmínky předem stanoveny v rámcové dohodě, obnovením soutěže mezi stranami rámcové dohody ve vztahu k těm podmínkám, které nebyly stanoveny. [...]“

5 Článek 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 stanoví, že pro účely této směrnice jsou „[v]eřejné zakázky [...] úplatné smlouvy uzavřené písemnou formou mezi jedním nebo více hospodářskými subjekty a jedním nebo více veřejnými zadavateli, jejichž předmětem je provedení stavebních prací, dodání výrobků nebo poskytnutí služeb ve smyslu této směrnice“.

6 Týž článek 1 definuje v odstavci 5 pojem „rámcová dohoda“ následovně:

„ ‚Rámcová dohoda‘ je dohoda mezi jedním nebo více veřejnými zadavateli a jedním nebo více hospodářskými subjekty, jejímž účelem je stanovit podmínky, zejména s ohledem na ceny a případně na předpokládané množství, kterými se budou řídit zakázky zadávané během daného období.“

7 Článek 2 uvedené směrnice zní:

„Veřejní zadavatelé jednají s hospodářskými subjekty na základě zásad rovnosti a zákazu diskriminace a postupují transparentním způsobem.“

8 Článek 32 směrnice 2004/18 stanoví:

„[...]“

2. Za účelem uzavření rámcové dohody se veřejní zadavatelé řídí pravidly řízení uvedenými v této směrnici ve všech fázích až do zadání zakázek založených na této rámcové dohodě. Strany rámcové dohody se vybírají za použití kritérií pro zadání zakázky stanovených v souladu s článkem 53.

Zakázky založené na rámcové dohodě jsou zadávány postupy stanovenými v odstavcích 3 a 4. Tyto postupy mohou být použity pouze mezi veřejnými zadavateli a hospodářskými subjekty, jež jsou původními stranami rámcové dohody.

[...]

4. Jestliže je rámcová dohoda uzavřena s více hospodářskými subjekty, počet hospodářských subjektů musí být nejméně roven třem, existuje-li dostatečný počet hospodářských subjektů, které splňují kritéria pro výběr, nebo přípustných nabídek, které splňují kritéria pro zadání.

Zakázky založené na rámcových dohodách uzavřených s více hospodářskými subjekty mohou být zadány:

- buď použitím podmínek stanovených v rámcové dohodě bez obnovení hospodářské soutěže, nebo
- nejsou-li všechny podmínky stanoveny v rámcové dohodě a strany znovu soutěží na základě stejných, a je-li to nutné, přesněji formulovaných podmínek a případně dalších podmínek uvedených v zadávací dokumentaci rámcové dohody, tímto postupem:

[...]“

9 Podle čl. 43 prvního pododstavce této směrnice platí:

„O každé zakázce, každé rámcové dohodě a o každém zavedení dynamického nákupního systému veřejní zadavatelé vypracují písemnou zprávu, která musí obsahovat alespoň tyto informace:

[...]

e) jméno úspěšného uchazeče a důvody, proč byla jeho nabídka vybrána, a je-li to známo, podíl zakázky nebo rámcové dohody, který úspěšný uchazeč zamýšlí zadat třetím osobám;

[...]“

10 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18 (Úř. věst. 2014, L 94, s. 65), k jejímuž provedení měly být přijaty akty, které podle jejího čl. 90 odst. 1 měly vstoupit v platnost nejpozději dne 18. dubna 2016, definuje v čl. 1 odst. 2 zadávání veřejných zakázek následujícím způsobem:

„Zadáváním veřejných zakázek ve smyslu této směrnice je pořízení prostřednictvím veřejné zakázky stavebních prací, dodávek nebo služeb jedním či více veřejnými zadavateli od hospodářských subjektů vybraných těmito veřejnými zadavateli bez ohledu na to, zda tyto stavební práce, dodávky nebo služby mají sloužit veřejnému účelu, či nikoli.“

#### *Vnitrostátní právo*

11 Podle § 129 odst. 1 Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (zákoník sociálního zabezpečení, část pátá – zákonný systém zdravotního pojištění; dále jen „SGB V“) platí pro vydávání léčivých přípravků, které jsou předepsány uvedením jejich účinné látky a jejichž nahrazení jiným léčivým přípravkem s rovnocennou účinnou látkou předepisující lékař nevyloučil, že lékárník musí nahradit předepsaný léčivý přípravek takovým léčivým přípravkem s rovnocennou účinnou látkou, pro který byla uzavřena dohoda o slevě podle § 130a odst. 8 SGB V.

12 Podle posledně zmíněného ustanovení mohou zdravotní pojišťovny či jejich uskupení uzavírat s farmaceutickými podniky dvouleté dohody o slevách z prodejních cen léčivých přípravků vydávaných na náklady pojištěnec.

#### **Spor v původním řízení a předběžné otázky**

13 Dne 28. srpna 2013 zveřejnila DAK v dodatku *Úředního věstníku Evropské unie* oznámení týkající se „připouštěcího řízení“ za účelem uzavření dohod o slevách podle § 130a odst. 8 SGB V v souvislosti s léčivými přípravky, jejichž účinnou látkou je mesalazin. Výše slevy byla stanovena na 15 % z prodejní ceny výrobce a dotčeným obdobím doba od 1. října 2013 do 30. září 2015.

14 Toto řízení počítalo s připuštěním všech podniků, které projeví zájem a splňují kritéria pro připuštění, a s každým z těchto podniků měly být uzavřeny totožné dohody s pevně stanovenými smluvními podmínkami nepodléhajícími dalšímu vyjednávání. Nadto mohl každý další podnik splňující tato kritéria přistoupit k systému dohod o slevách za stejných podmínek a po celou dobu platnosti tohoto systému.

15 V oznámení ze dne 28. srpna 2013 bylo uvedeno, že na toto řízení se nevztahuje právo veřejných zakázek.

- 16 Společnost Kohlpharma byla jediným podnikem, který v návaznosti na toto oznámení projevil zájem. Smlouva s tímto podnikem byla uzavřena dne 5. prosince 2013. Od 1. ledna 2014 byl mechanismus nahrazování podle § 129 odst. 1 SGB V zaveden do informačního systému používaného v lékárnách. Uzavření této smlouvy bylo oznámeno v Úředním věstníku dne 22. února 2014.
- 17 Dne 17. ledna 2014 podala Falk k Vergabekammer des Bundes (spolkový senát pro veřejné zakázky, Německo) žalobu, kterou se domáhala určení, že přípouštěcí řízení zahájené zdravotní pojišťovnou DAK a jediná smlouva uzavřená v jeho rámci jsou v rozporu s právem veřejných zakázek. Oberlandesgericht Düsseldorf (vrchní zemský soud v Düsseldorfu, Německo) rozhoduje v tomto sporu o odvolání.
- 18 Falk v tomto řízení tvrdí, že právo veřejných zakázek se použije, protože subjekt s postavením veřejného zadavatele nakupuje na trhu zboží a toto právo ukládá povinnost vyhlásit zadávací řízení; to implikuje uzavření výhradních smluv.
- 19 DAK má naopak za to, že k nakupování nezbytného zboží a služeb může veřejný zadavatel využít nejen institutu veřejných zakázek, ale i jiných způsobů, takže může jak udělit výlučnou zakázku v návaznosti na rozhodnutí o výběru, tak uzavřít smlouvy se všemi podniky, které projeví zájem, a to bez provedení výběru. Existence rozhodnutí o výběru je přitom podle ní definičním znakem pojmu „veřejná zakázka“ ve smyslu směrnice 2004/18 a unijního práva v této oblasti, takže pokud nedochází k výběru, nepředstavují takové smlouvy, jako jsou smlouvy dotčené v původním řízení, veřejné zakázky.
- 20 Podle společnosti Kohlpharma je možnost veřejného zadavatele zvolit povahu smluv nezbytných k plnění povinnosti veřejné služby zakotvena v judikatuře Soudního dvora v oblasti koncesí na služby.
- 21 Předkládající soud uvádí, že přípustnost žaloby společnosti Falk závisí na tom, zda smlouva o přistoupení k systému dohod o slevách ve smyslu § 130a odst. 8 SGB V, uzavřená v rámci přípouštěcího řízení se všemi hospodářskými subjekty, které projeví zájem, a to bez výběru, představuje veřejnou zakázku ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18. Jinými slovy, táže se, zda je pro veřejnou zakázku příznačná volba veřejného zadavatele, v jejímž důsledku vybraný subjekt požívá exkluzivity. V takovém případě by přípouštěcí řízení, jehož účelem je uzavřít smlouvy se všemi hospodářskými subjekty, které projeví zájem, nebylo jedním z postupů při zadávání veřejné zakázky.
- 22 Předkládající soud uvádí, že vnitrostátní judikatura je v této otázce rozdělena. Podle některých soudů je veřejnou zakázkou smlouva, která vybranému subjektu přiznává exkluzivitu, takže zakázka uzavřená se všemi subjekty, které o to požádají, nepředstavuje veřejnou zakázku. Podle jiných soudů je veřejnou zakázkou každá zakázka uzavřená veřejným zadavatelem a výběr některého z uchazečů, potažmo přiznání exkluzivity, je pro veřejného zadavatele povinností.
- 23 Předkládající soud se kloní k názoru, že takový systém dohod o slevách, jako je systém dotčený v původním řízení, nepředstavuje veřejnou zakázku. V důsledku připuštění všech subjektů, které splňují stanovené podmínky a které požádají o zařazení do tohoto systému, nedochází totiž podle něj k výběru, potažmo k hospodářskému zvýhodnění jednoho subjektu, a tudíž nehrozí diskriminace. Jak plyne z bodu 2 odůvodnění a z článku 2 směrnice 2004/18, cílem práva veřejných zakázek je přitom právě zabránit excesům souvisejícím s riziky tohoto typu.
- 24 Na podporu těchto úvah odkazuje předkládající soud na rozsudek ze dne 10. září 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), z něhož dovozuje, že zakázka nemusí být nevyhnutelně zadána formou veřejné zakázky, jestliže existuje zákonná alternativa, kterou v původním řízení ve věci, ve které byl vydán citovaný rozsudek, bylo využito koncese na služby. Z primárního ani ze sekundárního práva totiž neplyne, že by předmětem veřejné zakázky musely být povinně veškeré nákupy. Předkládající soud má za to, že pokud v důsledku povahy smluvně stanoveného finančního protiplnění existuje rozdíl mezi veřejnou zakázkou a koncesí na služby, nic nebrání tomu, aby se jiný rozdíl zakládal na existenci či neexistenci výběru mezi hospodářskými subjekty, které projeví zájem. V této souvislosti vyjádřil

předkládající soud názor, že tomuto závěru by mohl nepřímo nasvědčovat rozsudek ze dne 15. července 2010, Komise v. Německo (C-271/08, EU:C:2010:426), neboť Soudní dvůr v jeho bodě 73 konstatoval, že cílem směrnic v oblasti veřejných zakázek je vyloučit riziko, že při jakémkoli zadání zakázky zadavateli budou upřednostněni tuzemští uchazeči nebo zájemci.

- 25 Předkládající soud odkazuje rovněž na směrnici 2014/24, konkrétně na definici pojmu „zadávání veřejných zakázek“ vloženou do této směrnice, ve které je výběr hospodářských subjektů výslovně zmíněn, a na bod 4 odůvodnění této směrnice, v němž jsou z pojmu „veřejná zakázka“ vyloučeny případy, kdy směji příslušný úkol plnit všechny subjekty splňující určité podmínky, bez jakékoli selektivity, přičemž jeden z uvedených příkladů se podle všeho vztahuje na systém srovnatelný se systémem dotčeným v původním řízení. Má za to, že ačkoli směrnice 2014/24 není v projednávaném případě použitelná *ratione temporis*, nepředstavuje v ní obsažená definice pojmu „zadávání veřejných zakázek“ – přestože směrnice 2004/18 tento pojem nedefinuje – žádnou změnu. Pro unijní právo v oblasti veřejných zakázek byl totiž vždy charakteristický prvek soutěžení.
- 26 Pro případ, že by výběr bylo třeba považovat za charakteristický rys veřejné zakázky, takže takové řízení o připuštění k systému dohod o slevách, jako je připouštěcí řízení dotčené v původním řízení, není v zásadě jedním z postupů při zadávání veřejné zakázky, má předkládající soud za to, že je nutné upřesnit podmínky, za kterých by takové připouštěcí řízení bylo v souladu s právem a jejichž dodržení by bylo nezbytné, aby veřejný zadavatel mohl upustit od použití některého z postupů při zadávání veřejné zakázky, jehož součástí je výběr jednoho či několika subjektů.
- 27 Předkládající soud podotýká, že ze zásady zákazu diskriminace a zásady rovného zacházení, jakož i z povinnosti transparentnosti, které vyplývají především z primárního práva, plynou procesní a hmotněprávní požadavky, které musí být v zájmu zajištění skutečné a naprosté absence selektivity tohoto připouštěcího řízení tak, aby žádný subjekt nezískal konkurenční výhodu, dodrženy i v rámci tohoto řízení. Podrobná úprava připouštěcího řízení by přitom mohla vyvolat situace diskriminace a nerovného zacházení.
- 28 Mezi podmínky legality takového řízení by mohlo patřit zveřejnění oznámení o zahájení tohoto řízení a smluv, které budou uzavřeny v jeho rámci, v celé Unii, dále jasnost pravidel upravujících připuštění, stanovení podmínek smluv o přistoupení k systému dohod o slevách předem a možnost k tomuto systému kdykoli přistoupit.
- 29 Tato možnost kdykoli přistoupit odlišuje podle předkládajícího soudu takové připouštěcí řízení, jako je řízení dotčené v původním řízení, od zadávacího řízení rámcové dohody upraveného článkem 32 směrnice 2004/18. Požadavek stanovený v odst. 2 druhém pododstavci zmíněného článku, podle kterého lze zakázky založené na rámcové dohodě uzavřít jen s hospodářskými subjekty, které jsou stranami této rámcové dohody, totiž plyne ze selektivní povahy tohoto typu dohod. Předkládající soud má za to, že kdyby v připouštěcím řízení bylo takové omezení uloženo formou stanovení lhůty, po jejímž uplynutí by žádný subjekt již nemohl přistoupit k systému dohod o slevách, mělo by to diskriminační účinek, neboť by tím subjekty, které již k tomuto systému přistoupily, získaly konkurenční výhodu.
- 30 Tento soud dospěl k závěru, že mechanismus nahrazování léčivých přípravků podle § 129 SGB V nepřináší v případě přistoupení k systému dohod o slevách ve smyslu § 130a odst. 8 téhož zákona takovou konkurenční výhodu. Jinak by tomu bylo v situaci, kdy je taková dohoda o slevách uzavřena v rámci postupu při zadávání veřejné zakázky. V takovém případě by úspěšný uchazeč v důsledku získané exkluzivity měl zvláštní soutěžní postavení, takže udělení zakázky by mělo rozhodující vliv na hospodářskou soutěž. Naproti tomu v případě, kdy jsou takové dohody uzavírány s každým subjektem, který projeví zájem, není o nahrazení léčivého přípravku rozhodováno na základě volby veřejného zadavatele, nýbrž lékárníka či pacienta, a to v závislosti na prodejních podmínkách nabízených subjekty, které přistoupily k systému dohod o slevách. Podle předkládajícího soudu je možné, že výrobky některých subjektů, které k tomuto systému přistoupily, se prodávají jen zřídka. Tak je tomu

podle něj i tehdy, když – stejně jako v projednávané věci – přistoupil k systému jen jeden subjekt. Veřejný zadavatel totiž tím, že právo kdykoli přistoupit přiznává každému subjektu, který projeví zájem, rezignuje na ovlivňování stavu hospodářské soutěže, která tak nezávisí na možnosti nahradit léčivé přípravky subjektů, jež k danému systému přistoupily, nýbrž na rozhodnutí každého subjektu, který o to má potenciálně zájem, účastnit se systému dohod o slevách, či nikoli.

31 Za těchto podmínek se Oberlandesgericht Düsseldorf (vrchní zemský soud v Düsseldorfu) rozhodl přerušit řízení a položit Soudnímu dvoru následující předběžné otázky:

„1) Je nutno pojem ‚veřejná zakázka‘ ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 vykládat v tom smyslu, že se o veřejnou zakázku již nejedná v případě, kdy veřejní zadavatelé skutečně připouštějí řízení, v jehož rámci zadají zakázku, aniž vyberou jeden či více hospodářských subjektů (tzv. systém ‚Open-House‘)?

2) V případě odpovědi na první otázku v tom smyslu, že výběr jednoho či více hospodářských subjektů je znakem veřejné zakázky, [...] je nutno znak výběru hospodářských subjektů [z něhož by v takovém případě vyplýval pojem ‚veřejná zakázka‘] ve smyslu čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 vykládat ve světle článku 2 směrnice 2004/18 v tom smyslu, že veřejní zadavatelé mohou od výběru jednoho či více hospodářských subjektů formou připouštěcího řízení upustit pouze tehdy, pokud jsou splněny následující předpoklady:

- provedení připouštěcího řízení se zveřejní v celé Unii,
- jsou stanovena jednoznačná pravidla týkající se uzavření smlouvy a přistoupení ke smlouvě,
- smluvní podmínky jsou předem stanoveny způsobem, který vylučuje ovlivnění obsahu smlouvy kterýmkoli hospodářským subjektem,
- hospodářským subjektům je přiznáno právo kdykoli ke smlouvě přistoupit a
- uzavřené smlouvy budou oznamovány v celé Unii?“

## **K předběžným otázkám**

### *K první otázce*

32 Podstatou první otázky předkládajícího soudu je, zda musí být čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 vykládán v tom smyslu, že takový systém dohod, jako je systém dotčený v původním řízení, prostřednictvím kterého veřejný subjekt hodlá na trhu nakupovat zboží tak, že po celou dobu platnosti tohoto systému bude uzavírat smlouvy s každým hospodářským subjektem, jenž se zaváže dodávat dotčené zboží za předem stanovených podmínek, aniž dotyčný veřejný subjekt provede výběr mezi subjekty, které projeví zájem, nýbrž po celou dobu platnosti takového systému umožní každému takovému subjektu k tomuto systému přistoupit, je třeba kvalifikovat jako veřejnou zakázku ve smyslu této směrnice.

33 Je zajisté pravda – jak podotýkají někteří zúčastnění, kteří předložili Soudnímu dvoru písemná vyjádření – že v rámci takového systému dochází k uzavírání úplatných smluv mezi veřejným subjektem, který by mohl být veřejným zadavatelem ve smyslu směrnice 2004/18, a hospodářskými subjekty, a že jejich předmětem je dodání výrobků, což odpovídá definici pojmu „veřejná zakázka“ uvedené v čl. 1 odst. 2 písm. a) této směrnice.

- 34 Je nicméně třeba poukázat na to, že podle bodu 2 odůvodnění citované směrnice musí být jí zavedená koordinační ustanovení vykládána v souladu se zásadami Smlouvy o FEU, zejména se zásadou volného pohybu zboží, zásadou svobody usazování a zásadou svobodného poskytování služeb a se zásadami z nich odvozenými, jako je zásada rovného zacházení, zásada zákazu diskriminace, zásada vzájemného uznávání, zásada proporcionality a zásada transparentnosti, jimž podléhá zadávání veřejných zakázek v členských státech.
- 35 Dále vzhledem k tomu, že účelem koordinace postupů při zadávání veřejných zakázek na služby na úrovni Unie je v této souvislosti chránit zájmy hospodářských subjektů usazených v některém členském státě, které si přejí nabízet zboží nebo služby zadavatelům usazeným v jiném členském státě, je cílem směrnice 2004/18 vyloučit riziko, že při zadávání veřejné zakázky veřejnými zadavateli budou upřednostněni tuzemští uchazeči nebo zájemci (v tomto smyslu a v souvislosti s dříve platnou směrnicí o veřejných zakázkách na služby viz rozsudek ze dne 10. listopadu 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, body 41 a 42 a citovaná judikatura).
- 36 Riziko, že budou upřednostněny tuzemské hospodářské subjekty, o jehož vyloučení tato směrnice usiluje, je přitom úzce spjato především s výběrem z přípustných nabídek, který má provést veřejný zadavatel, a z exkluzivity, která vyplyne ze zadání dané zakázky subjektu, jehož nabídka bude vybrána, respektive v případě rámcové dohody hospodářským subjektům, jejichž nabídky budou vybrány, což je účelem postupu při zadávání veřejné zakázky.
- 37 Proto v případě, kdy veřejný subjekt usiluje o uzavření smluv o dodání se všemi hospodářskými subjekty, které mají zájem na dodávání dotčených výrobků za podmínek uvedených tímto veřejným subjektem, vede skutečnost, že není označen žádný hospodářský subjekt, kterému by svědčila exkluzivita na zakázku, k tomu, že neexistuje nutnost ohraničit postup tohoto veřejného zadavatele přesnými pravidly směrnice 2004/18, aby nemohl zadat zakázku tak, že zvýhodní tuzemské subjekty.
- 38 Výběr nabídky, potažmo úspěšného uchazeče, se tak jeví jako prvek, který úzce souvisí se způsobem, jakým tato směrnice upravuje veřejné zakázky, a tudíž s pojmem „veřejná zakázka“ ve smyslu jejího čl. 1 odst. 2 písm. a).
- 39 Tento závěr má oporu i v čl. 43 prvním pododstavci písm. e) směrnice 2004/18, podle kterého veřejní zadavatelé vypracují o každé zakázce, každé rámcové dohodě a o každém zavedení dynamického nákupního systému písemnou zprávu, která musí obsahovat jméno úspěšného uchazeče a důvody, proč byla jeho nabídka vybrána.
- 40 Je ostatně třeba poukázat na to, že tato zásada je výslovně uvedena v definici pojmu „zadávání zakázek“, již nyní obsahuje čl. 1 odst. 2 směrnice 2014/24 a jejíž složkou je výběr, který provádí veřejný zadavatel stran hospodářského subjektu, u kterého prostřednictvím veřejné zakázky pořídí stavební práce, dodávky nebo služby, jež jsou předmětem této zakázky.
- 41 Konečně je třeba podotknout, že zvláštnost takového systému dohod, jako je systém dotčený v původním řízení, která spočívá v tom, že tento systém je trvale, tedy po celou dobu své platnosti, otevřen subjektům, které mají zájem, a tedy není omezen na úvodní fázi, v níž jsou podniky vyzvány k projevení zájmu u dotčeného veřejného subjektu, postačuje k odlišení tohoto systému od rámcové dohody. Podle čl. 32 odst. 2 druhého odstavce směrnice 2004/18 lze totiž zakázky založené na rámcové dohodě zadat jen hospodářským subjektům, jež jsou původními stranami rámcové dohody.
- 42 Na první položenou otázku je proto třeba odpovědět, že čl. 1 odst. 2 písm. a) směrnice 2004/18 musí být vykládán v tom smyslu, že takový systém dohod, jako je systém dotčený v původním řízení, prostřednictvím kterého veřejný subjekt hodlá na trhu nakupovat zboží tak, že po celou dobu platnosti tohoto systému bude uzavírat smlouvy s každým hospodářským subjektem, jenž se zaváže dodávat dotčené zboží za předem stanovených podmínek, aniž dotčený veřejný subjekt provede výběr mezi



subjekty, které projeví zájem, nýbrž po celou dobu platnosti takového systému umožní každému takovému subjektu k tomuto systému přistoupit, nepředstavuje veřejnou zakázku ve smyslu této směrnice.

#### *K druhé otázce*

- 43 Podstatou druhé otázky předkládajícího soudu je, jakým podmínkám podléhá z hlediska unijního práva legalita takového řízení o připuštění k systému dohod, jako je řízení dotčené v původním řízení.
- 44 Je nutno poznamenat, že na takové řízení se za předpokladu, že jeho předmět má nepochybný přeshraniční význam, použijí základní pravidla Smlouvy o FEU, zejména zásada zákazu diskriminace a zásada rovného zacházení s hospodářskými subjekty, jakož i povinnost transparentnosti, která z nich plyne a v jejímž důsledku je nutné vhodným způsobem zveřejnit informace. V tomto ohledu mají členské státy v takové situaci, jaká nastala v původním řízení, určitý prostor pro uvážení při přijímání opatření, jež mají zajistit dodržování zásady rovného zacházení a povinnosti transparentnosti.
- 45 Z požadavku transparentnosti ovšem plyne, že musí dojít ke zveřejnění takových informací, na jejichž základě se hospodářské subjekty, které by případně mohly mít zájem, budou moci řádně seznámit s průběhem a základními rysy takového připouštěcího řízení, jako je řízení dotčené v původním řízení.
- 46 Zda připouštěcí řízení dotčené v původním řízení odpovídá těmto požadavkům, musí posoudit předkládající soud.
- 47 Na druhou položenou otázku je proto třeba odpovědět, že za předpokladu, že předmět takového řízení o připuštění k systému dohod, jako je řízení dotčené v původním řízení, má nepochybný přeshraniční význam, musí být toto řízení koncipováno a vedeno v souladu se základními pravidly Smlouvy o FEU, zejména se zásadou zákazu diskriminace a zásadou rovného zacházení s hospodářskými subjekty, jakož i s povinností transparentnosti, která z nich plyne.

#### **K nákladům řízení**

- 48 Vzhledem k tomu, že řízení má, pokud jde o účastníky původního řízení, povahu incidenčního řízení ve vztahu ke sporu probíhajícímu před předkládajícím soudem, je k rozhodnutí o nákladech řízení příslušný uvedený soud. Výdaje vzniklé předložením jiných vyjádření Soudnímu dvoru než vyjádření uvedených účastníků řízení se nenahrazují.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (pátý senát) rozhodl takto:

- 1) Článek 1 odst. 2 písm. a) směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby musí být vykládán v tom smyslu, že takový systém dohod, jako je systém dotčený v původním řízení, prostřednictvím kterého veřejný subjekt hodlá na trhu nakupovat zboží tak, že po celou dobu platnosti tohoto systému bude uzavírat smlouvy s každým hospodářským subjektem, jenž se zaváže dodávat dotčené zboží za předem stanovených podmínek, aniž dotyčný veřejný subjekt provede výběr mezi subjekty, které projeví zájem, nýbrž po celou dobu platnosti takového systému umožní každému takovému subjektu k tomuto systému přistoupit, nepředstavuje veřejnou zakázku ve smyslu této směrnice.

- 2) **Za předpokladu, že předmět takového řízení o připuštění k systému dohod, jako je řízení dotčené v původním řízení, má nepochybný přeshraniční význam, musí být toto řízení koncipováno a vedeno v souladu se základními pravidly Smlouvy o FEU, zejména se zásadou zákazu diskriminace a zásadou rovného zacházení s hospodářskými subjekty, jakož i s povinností transparentnosti, která z nich plyne.**

Podpisy.