

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA (Sala Quinta)

Sentencia de 2 de junio de 2016

En el asunto C 410/14,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania), mediante resolución de 13 de agosto de 2014, recibida en el Tribunal de Justicia el 29 de agosto de 2014, en el procedimiento entre Dr. Falk Pharma GMBH y DAK-Gesundheit, con intervención de: Kohlpharma GmbH,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones; dicta la siguiente

SENTENCIA

1 La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114; corrección de errores en DO 2004, L 351, p. 44, y en DO 2005, L 329, p. 40).

2. Dicha petición se ha presentado en el marco de un litigio entre Dr. Falk Pharma GmbH (en lo sucesivo, «Falk») y la DAK-Gesundheit (en lo sucesivo, «DAK»), un seguro de enfermedad alemán, con intervención de Kohlpharma GmbH, en relación con un procedimiento puesto en marcha por la DAK para celebrar acuerdos de rebaja de precios con empresas que comercializan un medicamento cuyo principio activo es la mesalazina, procedimiento que condujo a la celebración de uno de tales acuerdos con Kohlpharma.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

3 Los considerandos 2 y 3 de la Directiva 2004/18 tienen la siguiente redacción:

«(2) La adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado.

(3) Dichas disposiciones de coordinación deben respetar, en la medida de lo posible, los procedimientos y prácticas vigentes en cada uno de los Estados miembros.»

4 Según el considerando 11 de dicha Directiva:

«Procede establecer una definición comunitaria de los acuerdos marco así como normas específicas aplicables a los acuerdos marco adjudicados en relación con los contratos sometidos a la presente Directiva. Con arreglo a dichas normas, cuando un poder adjudicador celebre, de conformidad con las disposiciones de la presente Directiva, un acuerdo marco relativo, en particular, a la publicidad, los plazos y las condiciones para la presentación de ofertas, podrá suscribir contratos basados en dicho acuerdo marco durante la vigencia del mismo bien aplicando las condiciones establecidas en el acuerdo marco, bien, si no se han fijado todas las condiciones por anticipado en dicho acuerdo marco, volviendo a convocar una licitación entre las partes en el acuerdo marco sobre las condiciones no fijadas. [...]»

5 El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 establece que, a los efectos de ésta, «son “contratos públicos” los contratos onerosos y celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios en el sentido de [esta] Directiva».

6 El citado artículo 1 define en su apartado 5 el concepto de «acuerdo marco» en los siguientes términos:

«Un “acuerdo marco” es un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuyo objeto consiste en establecer las condiciones que rijan los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular las relativas a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas.»

7 El artículo 2 de la referida Directiva tiene la siguiente redacción:

«Los poderes adjudicadores darán a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y obrarán con transparencia.»

8 El artículo 32 de la Directiva 2004/18 establece:

«[...]

2. Para la celebración de un acuerdo marco, los poderes adjudicadores seguirán las normas de procedimiento previstas en la presente Directiva en todas las fases hasta la adjudicación de los contratos basados en este acuerdo marco. La elección de las partes del acuerdo marco se llevará a cabo mediante la aplicación de los criterios de adjudicación establecidos de conformidad con el artículo 53.

Los contratos basados en un acuerdo marco se adjudicarán según los procedimientos previstos en los apartados 3 y 4. Estos procedimientos sólo serán aplicables entre poderes adjudicadores y operadores económicos que sean originariamente partes en el acuerdo marco.

[...]

4. Cuando se celebre un acuerdo marco con varios operadores económicos, el número de éstos deberá ser de tres por lo menos, siempre que haya un número suficiente de operadores económicos que respondan a los criterios de selección o de ofertas admisibles que respondan a los criterios de adjudicación.

La adjudicación de contratos basados en acuerdos marco celebrados con varios operadores económicos podrá realizarse:

- o bien mediante la aplicación de los términos establecidos en el acuerdo marco, sin convocar a las partes a una nueva licitación;
- o bien, cuando no todos los términos estén establecidos en el acuerdo marco, una vez convocadas las partes a nueva licitación tomando como base los mismos términos, precisándolos si fuera necesario, y, si ha lugar, otros indicados en el pliego de condiciones del acuerdo marco, con arreglo al procedimiento siguiente:

[...]»

9 A tenor del artículo 43, párrafo primero, de esta Directiva:

«Respecto de todo contrato, todo acuerdo marco y todo establecimiento de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores elaborarán un informe escrito, en el que se incluirá como mínimo la siguiente información:

[...]

e) nombre del adjudicatario y motivos por los que se ha elegido su oferta, así como, si se conoce, la parte del contrato o del acuerdo marco que el adjudicatario tenga previsto subcontratar con terceros;

[...]»

10 La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65), cuyos actos de transposición, de conformidad con su artículo 90, apartado 1, debían entrar en vigor a más tardar el 18 de abril de 2016, define la contratación, en su artículo 1, apartado 2, en los términos siguientes:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por contratación la adquisición mediante un contrato público, de obras, suministros o servicios por uno o varios poderes adjudicadores a los operadores económicos elegidos por dichos poderes adjudicadores, con independencia de que las obras, los suministros o los servicios estén o no destinados a un fin público.»

Derecho nacional

11 En virtud del artículo 129, apartado 1, del Código alemán de seguridad social, Libro V — Régimen legal del seguro de enfermedad (Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch — Gesetzliche Krankenversicherung; en lo sucesivo, «SGB V»), al suministrar un medicamento que haya sido recetado indicando su principio activo, sin que el facultativo que lo ha prescrito haya excluido su sustitución por un medicamento con un principio activo equivalente, los farmacéuticos deberán sustituir el medicamento recetado por un medicamento con un principio activo equivalente en relación con el cual se haya celebrado un acuerdo de rebaja de precios en el sentido del artículo 130a, apartado 8, del SGB V.

12 Con arreglo a esta última disposición, las cajas aseguradoras de enfermedad o sus agrupaciones podrán celebrar con empresas farmacéuticas acuerdos de rebaja sobre el precio de venta de los medicamentos que se suministran con cargo a dichas aseguradoras, por un período de dos años.

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

13 El 28 de agosto de 2013, la DAK publicó en el suplemento del Diario Oficial de la Unión Europea un anuncio relativo a un «procedimiento de participación» para la celebración, con arreglo al artículo 130a, apartado 8, del SGB V, de acuerdos de rebaja que tuviesen por objeto medicamentos cuyo principio activo fuese la mesalazina. El importe de la rebaja se había fijado en el 15 % del precio «franco fábrica» y el período cubierto se extendía del 1 de octubre de 2013 al 30 de septiembre de 2015.

14 Dicho procedimiento preveía la participación de todas las empresas interesadas que cumpliesen los requisitos de admisión y la celebración con cada una de esas empresas de contratos idénticos, cuyas condiciones estaban preestablecidas y no eran negociables. Además, cualquier otra empresa que cumpliera dichos requisitos podía adherirse, en las mismas condiciones, al sistema de acuerdos de rebaja durante el período de vigencia de éste.

15 En el anuncio de 28 de agosto de 2013 se indicaba que el referido procedimiento no estaba sujeto al Derecho en materia de contratación pública.

16 Kohlpharma fue la única empresa que manifestó su interés a raíz de dicho anuncio. El 5 de diciembre de 2013 se celebró un contrato con la referida empresa. El mecanismo de sustitución previsto en el artículo 129, apartado 1, del SGB V se puso en práctica a partir del 1 de enero de 2014 en el sistema informático utilizado por las farmacias. La celebración de dicho contrato fue objeto de una comunicación en el Diario Oficial el 22 de febrero siguiente.

17 El 17 de enero de 2014, Falk interpuso recurso ante la Sala de control de la adjudicación de contratos públicos de la Federación (Vergabekammer des Bundes) al objeto de que se declarase la incompatibilidad con el Derecho en materia de contratación pública del procedimiento de participación puesto en marcha por la DAK y del único acuerdo resultante de dicho procedimiento. El Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Düsseldorf, Alemania) conoce del recurso contra la resolución dictada por la referida Sala.

18 En dicho recurso, Falk afirma que el Derecho en materia de contratación pública es aplicable, puesto que un organismo considerado poder adjudicador adquiere bienes en el mercado, y que dicho Derecho obliga a convocar una licitación, lo que implica la celebración de contratos exclusivos.

19 En cambio, la DAK considera que, para adquirir los bienes y servicios que necesita, un poder adjudicador no sólo puede recurrir a los contratos públicos, sino también a otras fórmulas distintas, de modo que es libre para adjudicar un contrato con carácter exclusivo, a raíz de una decisión de selección, pero también para celebrar contratos con todas las empresas interesadas, sin llevar a cabo una selección. Pues bien, según la DAK, la existencia de una decisión de selección es un elemento constitutivo del concepto de «contrato público» en el sentido de la Directiva 2004/18 y del Derecho de la Unión en esta materia, de modo que, si no hay selección, contratos como el que es objeto del litigio principal no son contratos públicos.

20 En cuanto a Kohlpharma, considera que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de concesiones de servicios consagra la libertad de elección del poder adjudicador por lo que respecta a la naturaleza de los contratos necesarios para dar cumplimiento a una obligación de servicio público.

21 El órgano jurisdiccional remitente señala que la admisibilidad del recurso interpuesto por Falk depende de que un contrato de adhesión a un sistema de acuerdos de rebaja en el sentido del artículo 130a, apartado 8, del SGB V, celebrado, en el contexto de un procedimiento de participación, con todos los operadores económicos interesados, sin selección, constituya un contrato público en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18. En otras palabras, se trata de saber si un contrato público se caracteriza por una elección del poder adjudicador, lo que implica que el operador seleccionado goce de exclusividad. En tal supuesto, un procedimiento de participación que tenga por objeto la celebración de contratos con todos los operadores económicos interesados no constituiría un procedimiento de contratación pública.

22 El referido órgano jurisdiccional señala que la jurisprudencia nacional está dividida acerca de esta cuestión. Para algunos órganos jurisdiccionales, un contrato público es un contrato que concede exclusividad al operador elegido, de modo que un contrato que se celebre con todos los operadores que lo soliciten no sería un contrato público. Otros órganos jurisdiccionales estiman que todo contrato celebrado por un poder adjudicador es un contrato público y que la elección de uno de los licitadores —y, por tanto, la concesión de exclusividad— es una obligación del poder adjudicador.

23 El órgano jurisdiccional remitente se inclina por entender que un sistema de acuerdos de rebaja como el que es objeto del litigio principal no constituye un contrato público. Afirma que, dado que en dicho sistema se admite a todos los operadores que reúnen los requisitos establecidos y que solicitan integrarse en él, no hay selección; por consiguiente, no hay concesión de una ventaja económica a un operador y, por tanto, no hay riesgo de discriminación. Pues bien, como se desprende del considerando 2 y del artículo 2 de la Directiva 2004/18, el Derecho en materia de contratación pública tiene como objetivo, precisamente, evitar las derivas asociadas a ese tipo de riesgos.

24 El referido órgano jurisdiccional alude, en apoyo de estas consideraciones, por una parte, a la sentencia de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser (C 206/08, EU:C:2009:540), de la cual infiere que un contrato no debe adjudicarse necesariamente en forma de contrato público si existe una alternativa legal, alternativa que, en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, consistía en recurrir a una concesión de servicios. A su juicio, no parece ni que el Derecho primario ni que el Derecho derivado impliquen que toda adquisición deba ser objeto obligatoriamente de un contrato público. Estima que, si bien existe una distinción entre contrato público y concesión de servicios, en función de la naturaleza de la contrapartida financiera prevista en el contrato, nada excluye que el hecho de que haya o no selección entre los operadores económicos interesados pueda fundamentar otra distinción. A este respecto, el referido órgano jurisdiccional considera que la sentencia de 15 de julio de 2010, Comisión/Alemania (C 271/08, EU:C:2010:426), podría confirmar indirectamente esta conclusión, en la medida en que el Tribunal de Justicia declaró, en el apartado 73 de dicha sentencia, que el objetivo de las Directivas en materia de contratación pública es excluir el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o a los candidatos nacionales en toda adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores.

25 Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente alude a la Directiva 2014/24, en especial a la definición del concepto de «contratación pública» introducido en dicha Directiva, que hace referencia expresamente a la elección de operadores económicos, y al párrafo segundo del considerando 4 de la referida Directiva, que excluye del concepto de contrato público aquellas situaciones en las que todos los operadores que cumplan determinadas condiciones están autorizados a desempeñar una determinada tarea, sin ningún procedimiento de selección, párrafo en el que uno de los ejemplos mencionados parece remitirse a un sistema comparable al que es objeto del litigio principal. Considera que, si bien la Directiva 2014/24 no es aplicable *ratione temporis* en el presente asunto, la definición del concepto de «contratación pública» que en ella se recoge —frente a la Directiva 2004/18, que no define dicho concepto—, no cambia nada. Afirma que el Derecho de la Unión en materia de contratación pública siempre se ha caracterizado por un elemento de competencia.

26 En el supuesto de que deba considerarse que la selección es un elemento característico de un contrato público y que, por tanto, un procedimiento de participación en un sistema de acuerdos de rebaja como el que es objeto del litigio principal no es, en principio, un procedimiento de contratación pública, el órgano jurisdiccional remitente estima que sería conveniente precisar los requisitos de regularidad que tal procedimiento de participación ha de cumplir necesariamente para que un poder adjudicador pueda renunciar a recurrir a un procedimiento de contratación pública que implique la selección de uno o varios operadores.

27 El referido órgano jurisdiccional destaca que los principios de no discriminación y de igualdad de trato, así como la obligación de transparencia, que derivan ante todo del Derecho primario, comportan exigencias procedimentales y materiales que se imponen también en el marco de dicho procedimiento de participación, con el fin de garantizar que éste esté efectivamente libre de toda selectividad, sin procurar ventajas competitivas a ningún operador. Pues bien, las normas de organización de un procedimiento de participación podrían generar discriminaciones y desigualdades de trato.

28 Los requisitos de regularidad de tal procedimiento pueden ser, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, que se dé publicidad en toda la Unión a la apertura de dicho procedimiento y a los contratos que se celebren en el marco del mismo, la claridad de las reglas que regulen la participación, el establecimiento por anticipado de los términos de los contratos de adhesión al sistema de acuerdos de rebaja y la posibilidad de adherirse en todo momento.

29 Según el órgano jurisdiccional remitente, esta posibilidad de adherirse en todo momento diferencia un procedimiento de participación como el que es objeto del litigio principal del procedimiento de adjudicación de un acuerdo marco que se regula en el artículo 32 de la Directiva 2004/18. Afirma que el requisito establecido en el apartado 2, párrafo segundo, de dicho artículo, según el cual los contratos basados en un acuerdo marco sólo pueden celebrarse con los operadores económicos que sean partes en dicho acuerdo marco, deriva del carácter selectivo de este tipo de acuerdo. Según el órgano jurisdiccional remitente, imponer tal limitación en el contexto de un procedimiento de participación, fijando un plazo a partir del cual un operador ya no podría adherirse al sistema de acuerdos de rebaja, tendría un efecto discriminatorio porque supondría una ventaja competitiva para los operadores que se hubiesen adherido a dicho sistema.

30 El referido órgano jurisdiccional considera que el mecanismo de sustitución de medicamentos que establece el artículo 129 del SGB V no genera tal ventaja competitiva en caso de adhesión a un sistema de acuerdos de rebaja en el sentido del artículo 130a, apartado 8, de esa misma norma. A este respecto, la situación sería diferente si tal acuerdo de rebaja se celebrase en el marco de un procedimiento de contratación pública. En este último caso, la exclusividad de la que disfruta el adjudicatario tiene como consecuencia que éste goce de una posición competitiva particular, teniendo así la adjudicación del contrato un efecto decisivo sobre la competencia. En cambio, si tales acuerdos se celebran con todos los operadores interesados, la sustitución de medicamentos se produce sobre la base de una elección llevada a cabo, no por el poder adjudicador, sino por el farmacéutico o por el paciente en función de las condiciones de compra propuestas por los operadores que se hayan adherido al sistema de acuerdos de rebaja. Así, puede ocurrir que el producto de algunos de los operadores que se hayan adherido se compre en muy escasas ocasiones. Ocurre así también si, como en el presente asunto, sólo se adhiere un operador. Según el órgano

jurisdiccional remitente, al conceder a todo operador interesado el derecho a adherirse en todo momento, el poder adjudicador renuncia a influir en la situación competitiva, la cual no depende de la posibilidad de sustituir otros por los medicamentos de los operadores adheridos, sino de la decisión de cada operador potencialmente interesado de participar o no en el sistema de acuerdos de rebaja.

31 En estas circunstancias, el Oberlandesgericht Düsseldorf (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Düsseldorf) ha resuelto suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿No se está ya ante un “contrato público” en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 cuando un poder adjudicador organiza un procedimiento de participación en el que adjudica un contrato sin seleccionar a uno o varios operadores económicos?

2) En caso de que se responda a la primera cuestión prejudicial en el sentido de que la selección de uno o varios operadores económicos es un elemento característico del contrato público, [...] ¿debe interpretarse el elemento de la selección de los operadores económicos [que el concepto de “contrato público” conllevaría en ese caso] a los efectos del artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 a la luz del artículo 2 de la misma Directiva, en el sentido de que un poder adjudicador sólo puede no seleccionar a uno o varios operadores económicos en el marco del procedimiento de participación si se cumplen los siguientes requisitos:

- que se haya publicado en toda Europa la celebración de un procedimiento de participación;
- que se establezcan normas inequívocas sobre la celebración del contrato y la adhesión al mismo;
- que las condiciones contractuales se establezcan con carácter previo de tal modo que ningún operador económico pueda influir en el contenido del contrato;
- que se garantice a los operadores económicos el derecho a adherirse en todo momento, y
- que se dé a conocer en toda Europa la celebración de los contratos?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Primera cuestión prejudicial

32 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que debe calificarse de contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a

suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste.

33 Es cierto que, como señalan algunos interesados que han presentado observaciones escritas ante el Tribunal de Justicia, tal sistema da lugar a la celebración de contratos onerosos entre una entidad pública, que podría ser un poder adjudicador en el sentido de la Directiva 2004/18, y operadores económicos, cuyo objeto es el suministro de productos, lo cual se corresponde con la definición de «contrato público» recogida en el artículo 1, apartado 2, letra a), de dicha Directiva.

34 No obstante, debe señalarse, por una parte, que, de conformidad con el considerando 2 de la referida Directiva, las disposiciones de coordinación de ésta deben interpretarse con arreglo a los principios del Tratado FUE, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia, a los cuales están sometidas las contrataciones públicas que se llevan a cabo en los Estados miembros.

35 Por otra parte, dado que la coordinación a escala de la Unión de los procedimientos de contratación pública de servicios tiene por objeto proteger por esa vía los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a los poderes adjudicadores establecidos en otro Estado miembro, el objetivo de la Directiva 2004/18 consiste en excluir el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en toda adjudicación de contratos efectuada por los poderes adjudicadores (véase en este sentido, en relación con la Directiva en materia de contratos públicos en servicios anteriormente vigente, la sentencia de 10 de noviembre de 1998, BFI Holding, C 360/96, EU:C:1998:525, apartados 41 y 42 y jurisprudencia citada).

36 Pues bien, con carácter fundamental, el riesgo de favorecer a los operadores económicos nacionales que la referida Directiva pretende conjurar está estrechamente relacionado con la selección que el poder adjudicador tiene intención de llevar a cabo entre las ofertas admisibles y con la exclusividad que va a derivar de la adjudicación del contrato de que se trate al operador cuya oferta resulte seleccionada —o a los operadores económicos cuyas ofertas resulten seleccionadas en el caso de un acuerdo marco—, que es la finalidad de los procedimientos de contratación pública.

37 Por consiguiente, cuando una entidad pública pretenda celebrar contratos de suministro con todos los operadores económicos que deseen proporcionar los productos de que se trate en las condiciones indicadas por dicha entidad, la no designación de un operador económico al que se conceda la exclusividad de un contrato tendrá como consecuencia que no haya necesidad de delimitar mediante las normas precisas de la Directiva 2004/18 la acción de dicho poder adjudicador impidiéndole adjudicar un contrato de modo que favorezca a los operadores nacionales.

38 Así, la elección de una oferta —y, por tanto, de un adjudicatario— es un elemento intrínsecamente vinculado al régimen de los contratos públicos que se establece mediante la referida Directiva y, por consiguiente, al concepto de «contrato público» en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra a), de ésta.

39 Confirma esta apreciación el artículo 43, párrafo primero, letra e), de la Directiva 2004/18, a tenor del cual respecto de todo contrato, todo acuerdo marco y todo establecimiento de un sistema dinámico de adquisición, los poderes adjudicadores elaborarán un informe escrito, en el que se incluirá el nombre del adjudicatario y los motivos por los que se ha elegido su oferta.

40 Además, debe señalarse que este principio se enuncia expresamente en la definición del concepto de «contratación» que se recoge a partir de ahora en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 2014/24, uno de cuyos elementos es la elección por parte del poder adjudicador del operador económico del que va a adquirir, mediante un contrato público, las obras, suministros o servicios objeto de dicho contrato.

41 Por último, es preciso señalar que la particularidad de un sistema de acuerdos como el que es objeto del litigio principal, que reside en su apertura permanente a los operadores interesados a lo largo de toda su vigencia —sin que, por tanto, se limite a un período preliminar durante el cual las empresas estén llamadas a manifestar su interés ante la entidad pública de que se trate—, basta para diferenciar este sistema de un acuerdo marco. Efectivamente, conforme al artículo 32, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2004/18, los contratos basados en un acuerdo marco sólo pueden adjudicarse a operadores económicos que sean originariamente partes en dicho acuerdo marco.

42 Por consiguiente, debe responderse a la primera cuestión prejudicial planteada que el artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de

que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

43 Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, de qué requisitos depende la regularidad, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, de un procedimiento de participación en un sistema de acuerdos como el que es objeto del litigio principal.

44 Es preciso señalar que, en la medida en que su objeto presente un interés transfronterizo cierto, tal procedimiento estará sujeto a las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular a los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como a la obligación de transparencia derivada de ellos, que exige realizar una publicidad adecuada. A este respecto, en una situación como la que se plantea en el litigio principal, los Estados miembros disponen de cierto margen de apreciación para adoptar medidas destinadas a garantizar el respeto del principio de igualdad de trato y de la obligación de transparencia.

45 Ahora bien, la exigencia de transparencia implica que se realice una publicidad que permita a los operadores económicos potencialmente interesados tener pleno conocimiento del desarrollo y de las características esenciales de un procedimiento de participación como el que es objeto del litigio principal.

46 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si el procedimiento de participación objeto del litigio principal satisface estas exigencias.

47 Por consiguiente, debe responderse a la segunda cuestión prejudicial planteada que, en la medida en que el objeto de un procedimiento de participación en un sistema de acuerdos como el controvertido en el litigio principal presente un interés transfronterizo cierto, dicho procedimiento deberá concebirse y organizarse de conformidad con las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular con los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como con la obligación de transparencia derivada de ellos.

Costas

48 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos

efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Quinta) declara:

- 1) El artículo 1, apartado 2, letra a), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, debe interpretarse en el sentido de que no constituye un contrato público a los efectos de dicha Directiva un sistema de acuerdos, como el que es objeto del litigio principal, mediante el cual una entidad pública pretende adquirir bienes en el mercado contratando, a lo largo de toda la vigencia de dicho sistema, con todo operador económico que se comprometa a suministrar los bienes de que se trate en condiciones preestablecidas, sin llevar a cabo una selección entre los operadores interesados y permitiéndoles adherirse a dicho sistema durante toda la vigencia de éste.

- 2) En la medida en que el objeto de un procedimiento de participación en un sistema de acuerdos como el controvertido en el litigio principal presente un interés transfronterizo cierto, dicho procedimiento deberá concebirse y organizarse de conformidad con las normas fundamentales del Tratado FUE, en particular con los principios de no discriminación y de igualdad de trato entre operadores económicos, así como con la obligación de transparencia derivada de ellos.