Samling af Afgørelser

DOMSTOLENS DOM (Femte Afdeling)

2. juni 2016 *

»Præjudiciel forelæggelse — offentlige kontrakter — direktiv 2004/18/EF — artikel 1, stk. 2, litra a) — begrebet »offentlig kontrakt« — vareindkøbssystem, der består i at anerkende enhver økonomisk aktør, der opfylder de på forhånd fastsatte betingelser, som leverandør — levering af lægemidler, der er godtgørelsesberettigede inden for rammerne af en almindelig social sikringsordning — aftaler indgået mellem en sygeforsikring og alle leverandører af lægemidler med et bestemt indholdsstof, som samtykker til en på forhånd fastsat rabat på salgsprisen — lovgivning, der som hovedregel foreskriver substitution af et godtgørelsesberettiget lægemiddel, der markedsføres af en økonomisk aktør, som ikke har indgået en sådan aftale, med et lægemiddel af samme art, der markedsføres af en økonomisk aktør, som har indgået en sådan aftale«

I sag C-410/14,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland) ved afgørelse af 13. august 2014, indgået til Domstolen den 29. august 2014, i sagen:

Dr. Falk Pharma GmbH

mod

DAK-Gesundheit,

procesdeltager:

Kohlpharma GmbH,

har

DOMSTOLEN (Femte Afdeling)

sammensat af formanden for Fjerde Afdeling, T. von Danwitz, som fungerende formand for Femte Afdeling, og dommerne D. Šváby (refererende dommer), A. Rosas, E. Juhász og C. Vajda,

generaladvokat: P. Cruz Villalón

justitssekretær: A. Calot Escobar,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

* Processprog: tysk.

efter at der er afgivet indlæg af:

— Dr. Falk Pharma GmbH ved Rechtsanwalt M. Ulshöfer

— DAK-Gesundheit ved Rechtsanwalt A. Csaki

— Kohlpharma GmbH ved Rechtsanwalt C. Stumpf

— den tyske regering ved T. Henze og A. Lippstreu, som befuldmægtigede

— den græske regering ved K. Nasopoulou og S. Lekkou, som befuldmægtigede

— den svenske regering ved A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg og F. Sjövall, som befuldmægtigede

— Europa-Kommissionen ved C. Hermes og A. Tokár, som befuldmægtigede,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (EUT 2004, L 134, s. 114, og berigtiget ved EUT 2004, L 351, s. 44).

2 Anmodningen er blevet indgivet under en tvist mellem Dr. Falk Pharma GmbH (herefter »Falk«) og sygeforsikringen DAK-Gesundheit (herefter »DAK«), med Kohlpharma GmbH som procesdeltager, vedrørende en sag indledt af DAK med henblik på indgåelse af rabataftaler med virksomheder, der markedsfører et lægemiddel, hvis indholdsstof er mesalazin, og som førte til indgåelse af en sådan aftale med Kohlpharma.

Retsforskrifter

EU-retten

3 Anden og tredje betragtning til direktiv 2004/18 har følgende ordlyd:

»(2) Indgåelse af kontrakter i medlemsstaterne på vegne af staten, regionale eller lokale myndigheder og andre offentligretlige organer er underlagt traktatens principper og navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser og de principper, der er afledt heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed. For offentlige kontrakter over en vis værdi er det dog tilrådeligt at udarbejde bestemmelser om fællesskabssamordning af nationale procedurer for indgåelse af sådanne kontrakter, der bygger på disse principper, for at sikre deres virkninger og garantere en effektiv konkurrence ved tildeling af offentlige kontrakter. Disse samordningsbestemmelser bør derfor fortolkes i overensstemmelse med såvel ovennævnte regler og principper […] som traktatens øvrige bestemmelser.

(3) Disse samordningsbestemmelser bør, så vidt det er muligt, tilpasses […] de fremgangsmåder og sædvaner, der er gældende i de enkelte medlemsstater.«

4 Det anføres i 11. betragtning til direktivet:

»Der bør fastlægges en fællesskabsdefinition af rammeaftaler samt specifikke regler for rammeaftaler vedrørende kontrakter, der falder inden for dette direktivs anvendelsesområde. Når en ordregivende myndighed i henhold til dette direktivs bestemmelser indgår en rammeaftale, kan den ifølge disse regler inden for rammeaftalens gyldighedsperiode indgå kontrakter, der er baseret på rammeaftalen, enten ved at anvende vilkårene i rammeaftalen eller, hvis ikke alle vilkårene allerede er fastsat heri, ved at iværksætte en fornyet konkurrence mellem rammeaftalens parter om de ikke fastsatte vilkår. […]«

5 I direktivets artikel 1, stk. 2, litra a), er fastsat, at »ved »offentlige kontrakter« forstås gensidigt bebyrdende aftaler, der indgås skriftligt mellem en eller flere økonomiske aktører og en eller flere ordregivende myndigheder, og som vedrører udførelsen af arbejde, levering af varer eller tjenesteydelser, der er omfattet af dette direktiv«.

6 I artikel 1, stk. 5, defineres begrebet »rammeaftale« således:

»Ved »rammeaftale« forstås en aftale indgået mellem en eller flere ordregivende myndigheder og en eller flere økonomiske aktører med det formål at fastsætte vilkårene for de kontrakter, der skal indgås i løbet af en given periode, især med hensyn til pris og i givet fald påtænkte mængder.«

7 Dette direktivs artikel 2 har følgende ordlyd:

»De ordregivende myndigheder overholder principperne om ligebehandling og ikke-forskelsbehandling af økonomiske aktører og handler på en gennemsigtig måde.«

8 I artikel 32 i direktiv 2004/18 bestemmes:

»[…]

2. Med henblik på indgåelse af en rammeaftale følger de ordregivende myndigheder de procedureregler, der er omhandlet i dette direktiv, i alle faser indtil tildelingen af de kontrakter, der er baseret på denne aftale. Valget af parter i rammeaftalen sker på grundlag af de tildelingskriterier, der er fastsat i overensstemmelse med artikel 53.

Kontrakter, der er baseret på en rammeaftale, indgås efter procedurerne i stk. 3 og 4. Disse procedurer finder kun anvendelse mellem de ordregivende myndigheder og de økonomiske aktører, der oprindelig var parter i rammeaftalen.

[…]

4. Når en rammeaftale indgås med flere økonomiske aktører, skal der være mindst tre, forudsat at der er et tilstrækkeligt antal økonomiske aktører, der opfylder udvælgelseskriterierne, og/eller et tilstrækkeligt antal antagelige tilbud, der opfylder tildelingskriterierne.

Tildeling af kontrakter baseret på en rammeaftale, der er indgået med flere økonomiske aktører, kan ske:

— enten på grundlag af de vilkår, der er fastsat i rammeaftalen, uden at der iværksættes en fornyet konkurrence

— eller, hvis ikke alle vilkårene er fastsat i rammeaftalen, efter at der er iværksat en fornyet konkurrence mellem parterne på grundlag af de samme vilkår, der om nødvendigt præciseres, og i givet fald på andre vilkår, der anføres i udbudsbetingelserne i rammeaftalen, på følgende måde:

[...]«

9 I direktivets artikel 43, stk. 1, bestemmes:

»For hver kontrakt, hver rammeaftale og hver indførelse af et dynamisk indkøbssystem udarbejder de ordregivende myndigheder en rapport, der mindst skal omfatte følgende oplysninger:

[...]

e) navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, og begrundelsen for, at den pågældendes tilbud er valgt, samt, hvis dette vides, oplysning om, hvor stor en del af kontrakten eller rammeaftalen tilbudsgiveren har til hensigt at give i underentreprise til tredjemand

[...]«

10 Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18 (EUT 2014, L 94, s. 65), hvis gennemførelsesbestemmelser i henhold til dets artikel 90, stk. 1, skal træde i kraft senest den 18. april 2016, definerer i artikel 1, stk. 2, udbud således:

»Udbud i henhold til dette direktiv omfatter en eller flere ordregivende myndigheders anskaffelse ved hjælp af en offentlig kontrakt af bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser fra økonomiske aktører valgt af de ordregivende myndigheder, uanset om bygge- og anlægsarbejderne, varerne eller tjenesteydelserne er beregnet til et offentligt formål.«

Nationale bestemmelser

11 I henhold til § 129, stk. 1, i Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (den tyske lov om social sikring, femte bog – den obligatoriske sygesikring, herefter »SGB V«) skal apotekerne med henblik på udlevering af et lægemiddel, som er blevet ordineret ved angivelse af dets indholdsstof, og hvis erstatning med et lægemiddel med et tilsvarende indholdsstof ikke udelukkes af den ordinerende læge, erstatte det ordinerede lægemiddel med et lægemiddel med et tilsvarende indholdsstof, for hvilket en rabataftale er indgået i henhold til SGB V's § 130a, stk. 8.

12 I overensstemmelse med denne bestemmelse kan sygeforsikringerne eller deres sammenslutninger med farmaceutiske virksomheder indgå aftaler af to års varighed om rabat på salgsprisen for lægemidler, udleveringen af hvilke dækkes af disse sygeforsikringer.

Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13 Den 28. august 2013 offentliggjorde DAK i tillægget til *Den Europæiske Unions Tidende* en bekendtgørelse om en »autoriseringsprocedure« med henblik på at indgå rabataftaler i henhold til SGB V's § 130a, stk. 8, vedrørende lægemidler med indholdsstoffet mesalazin. Rabatsatsen blev fastsat til 15% af prisen »ab fabrik«, og perioden løb fra den 1. oktober 2013 til den 30. september 2015.

14 Denne procedure foreskrev, at alle interesserede virksomheder, der opfyldte adgangskriterierne, blev godkendt, og at man med hver af disse virksomheder indgik identiske kontrakter, hvis affattelse var fastsat på forhånd og ikke kunne forhandles. Endvidere havde enhver anden virksomhed, der opfyldte disse kriterier, på de samme betingelser fortsat mulighed for at tiltræde de samme rabataftaleordninger under ordningens løbetid.

15 I bekendtgørelsen af 28. august 2013 anførtes, at denne procedure ikke var underlagt reglerne for offentlige kontrakter.

16 Kohlpharma var den eneste virksomhed, som udtrykte interesse efter offentliggørelsen af denne bekendtgørelse. Der blev indgået en kontrakt med denne virksomhed den 5. december 2013. Substitutionsordningen, der er fastsat i SGB V's § 129, stk. 1, blev iværksat fra den 1. januar 2014 i det it-system, som anvendes af apotekerne. Indgåelsen af denne kontrakt var genstand for en meddelelse i Tidende den 22. februar 2014.

17 Den 17. januar 2014 indgav Falk en klage til Vergabekammer des Bundes (forbundskammeret for offentlige kontrakter, Tyskland) med henblik på, at det fastslås, at den af DAK iværksatte autoriseringsprocedure og den eneste aftale, der følger heraf, erklæres uforenelige med reglerne om offentlige kontrakter. Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf, Tyskland) påkender denne sag som appeldomstol.

18 Falk har som led i denne sag gjort gældende, at reglerne om offentlige kontrakter finder anvendelse, når et organ, der må kvalificeres som ordregivende myndighed, erhverver varer på markedet, og at disse regler pålægger udbud til konkurrence, hvilket indebærer indgåelse af eksklusivkontrakter.

19 DAK har derimod gjort gældende, at en ordregivende myndighed for at anskaffe de varer og tjenesteydelser, som den har brug for, ikke blot kan benytte offentlige kontrakter, men ligeledes andre modeller end disse, og den kan således frit tildele en kontrakt eksklusivt efter en udvælgelsesbeslutning, men kan ligeledes indgå kontrakter med alle de interesserede virksomheder uden at foretage en udvælgelse. Eksistensen af en udvælgelsesbeslutning er imidlertid en grundlæggende bestanddel af begrebet »offentlig kontrakt« som omhandlet i direktiv 2004/18 og i EU-retten på området, hvorfor kontrakter som den i hovedsagen omhandlede i fravær af en udvælgelse ikke udgør offentlige kontrakter.

20 Kohlpharma har gjort gældende, at en ordregivende myndigheds valgfrihed hvad angår arten af de kontrakter, der er nødvendige for at opfylde en public service-forpligtelse, er knæsat i Domstolens praksis om koncessionskontrakter om tjenesteydelser.

21 Den forelæggende ret har anført, at muligheden for at antage det af Falk anlagte søgsmål til realitetsbehandling afhænger af, om en kontrakt om tiltrædelse af en rabataftaleordning som omhandlet i SGB V's § 130a, stk. 8, der er indgået som led i en autoriseringsprocedure med alle interesserede økonomiske aktører, uden at der er foretaget udvælgelse, udgør en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18. Det skal med andre ord afklares, om en offentlig kontrakt er kendetegnet ved den ordregivende myndigheds valg, der indebærer, at den valgte økonomiske aktør råder over en eneret. I et sådant tilfælde udgør en autoriseringsprocedure med henblik på at indgå kontrakter med alle interesserede økonomiske aktører ikke en udbudsprocedure.

22 Den forelæggende ret har anført, at national retspraksis herom ikke er entydig. Nogle retsinstanser er af den opfattelse, at en offentlig kontrakt er en kontrakt, der indrømmer den udvalgte økonomiske aktør en eneret, hvorfor en kontrakt, der indgås med alle økonomiske aktører, som anmoder herom, ikke udgør en offentlig kontrakt. Andre retsinstanser er af den opfattelse, at enhver kontrakt, som indgås af en ordregivende myndighed, er en offentlig kontrakt, og at den ordregivende myndighed er forpligtet til at vælge en af tilbudsgiverne og dermed tildele en eneret.

23 Det er den forelæggende rets opfattelse, at en rabataftaleordning som den i hovedsagen omhandlede ikke udgør en offentlig kontrakt. Eftersom alle de økonomiske aktører, som opfylder de fastsatte betingelser, og som anmoder om at blive omfattet af ordningen, bliver godkendt til ordningen, er der nemlig ikke tale om udvælgelse og dermed ikke om tildeling af en økonomisk fordel til en økonomisk aktør, og der er således ingen risiko for forskelsbehandling. Som det fremgår af anden betragtning til og artikel 2 i direktiv 2004/18, har reglerne om offentlige kontrakter netop til formål at undgå følgerne af denne type risici.

24 Den forelæggende ret har til støtte for sine betragtninger dels henvist til dom af 10. september 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), hvoraf den har udledt, at en kontrakt ikke nødvendigvis skal tildeles som en offentlig kontrakt, når der findes et lovligt alternativ, der som led i den hovedsag, der lå til grund for denne dom, bestod i anvendelse af koncessionskontrakter om tjenesteydelser. Efter den forelæggende rets opfattelse indebærer hverken den primære eller den afledte ret nemlig, at enhver anskaffelse nødvendigvis skal være genstand for en offentlig kontrakt. Den har vurderet, at det, såfremt der skal sondres mellem en offentlig kontrakt og en koncessionskontrakt om tjenesteydelser, på grundlag af den finansielle modydelse, der er fastsat i kontrakten, ikke er udelukket, at en eventuel eksistens af et valg mellem flere interesserede økonomiske aktører kan underbygge en anden sondring. Denne ret har i denne forbindelse anført, at dom af 15. juli 2010, Kommissionen mod Tyskland (C-271/08, EU:C:2010:426), indirekte kan bekræfte denne konklusion, eftersom Domstolen i præmis 73 heri fastslog, at formålet med direktiverne vedrørende offentlige kontrakter er at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske tilbudsgivere eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter.

25 Den forelæggende ret har endvidere henvist til direktiv 2014/24, navnlig til den definition af begrebet »offentligt udbud«, der blev indført med dette direktiv, og som udtrykkeligt henviser til valget af økonomisk aktør, og til andet afsnit i fjerde betragtning til dette direktiv, som fra begrebet om offentlige udbud udelukker situationer, hvor alle de økonomiske aktører, der opfylder visse betingelser, har ret til at udføre en given opgave uden nogen form for udvælgelse, hvoraf et af de anførte eksempler synes at henvise til en ordning, der kan sammenlignes med den af hovedsagen omhandlede. Det er den forelæggende rets opfattelse, at selv om direktiv 2014/24 ikke finder tidsmæssig anvendelse i den foreliggende sag, medfører den definition af begrebet »offentligt udbud«, som direktivet indeholder – idet direktiv 2004/18 ikke definerer dette begreb – ikke en ændring. EU-reglerne om offentlige kontrakter har nemlig altid været kendetegnet ved et element af konkurrence.

26 Såfremt der er grundlag for at finde, at udvælgelse er et element, der er kendetegnende for en offentlig kontrakt, og således, at en procedure for autorisering til en rabataftaleordning som den i hovedsagen omhandlede principielt ikke er en udbudsprocedure, er det den forelæggende rets opfattelse, at der skal foretages en præcisering af betingelserne for en sådan autoriseringsprocedures lovlighed, hvis overholdelse er en betingelse for, at en ordregivende myndighed kan afstå fra at benytte en udbudsprocedure, der indebærer udvælgelse af en eller flere økonomiske aktører.

27 Denne ret har fremhævet, at princippet om forbud mod forskelsbehandling og ligebehandlingsprincippet samt forpligtelsen til gennemsigtighed, der først og fremmest fremgår af den primære ret, indebærer processuelle og materielle krav, som ligeledes gælder som led i denne autoriseringsprocedure, med henblik på at sikre, at denne rent faktisk er fritaget for enhver form for udvælgelse, idet den ikke skaber en fordel for nogen økonomisk aktør. Reglerne for tilrettelæggelse af en autoriseringsprocedure kan imidlertid resultere i forskelsbehandling og ulige behandling.

28 Betingelserne for, at en sådan procedure er lovlig, kunne være, at indledningen af denne procedure og de kontrakter, som bliver indgået som led heri, offentliggøres i hele EU, at reglerne om autorisering er klare, at kontrakterne om tiltrædelse af rabataftaleordningens affattelse er fastsat på forhånd, og at der til enhver tid er mulighed for tiltrædelse af ordningen.

29 Denne mulighed for til enhver tid at tiltræde ordningen adskiller en autoriseringsprocedure som den i hovedsagen omhandlede fra en procedure for indgåelse af en rammeaftale, der er reguleret i artikel 32 i direktiv 2004/18. Den ved artikel 32, stk. 2, andet afsnit, pålagte betingelse om, at kontrakter baseret på en rammeaftale kun kan indgås med de økonomiske aktører, der er parter i rammeaftalen, følger nemlig af denne type aftalers selektive karakter. Ifølge den forelæggende ret indebærer pålæggelsen af en sådan begrænsning som led i en autoriseringsprocedure, idet der fastsættes en frist, efter hvilken økonomiske aktører ikke længere kan tiltræde rabataftaleordningen, forskelsbehandling, eftersom det skaber en konkurrencefordel for de økonomiske aktører, der har tiltrådt ordningen.

30 Det er den forelæggende rets opfattelse, at substitutionsordningen for lægemidler, der er fastsat i SGB V's § 129, ikke skaber en sådan konkurrencefordel ved tiltrædelse af en rabataftaleordning som omhandlet i samme lovs § 130a, stk. 8. Situationen er i denne forbindelse en anden, når en sådan rabataftale indgås som led i en udbudsprocedure. I det sidstnævnte tilfælde medfører den eneret, som den valgte økonomiske aktør opnår, at denne har en særlig konkurrencestilling, idet tildelingen af kontrakten ligeledes har en afgørende betydning for konkurrencen. Når sådanne aftaler indgås med alle interesserede økonomiske aktører, sker substitutionen af et lægemiddel derimod på grundlag af et valg, som ikke foretages af den ordregivende myndighed, men af apotekeren eller af patienten ud fra de købsbetingelser, som foreslås af de økonomiske aktører, der har tiltrådt rabataftaleordningen. Det er således muligt, at visse af de økonomiske aktører, som har tiltrådt ordningen, kun meget sjældent får solgt deres varer. Dette gælder også, såfremt kun én økonomisk aktør, som i det foreliggende tilfælde, har tiltrådt ordningen. Den ordregivende myndighed har nemlig ved at give enhver interesseret økonomisk aktør mulighed for til enhver tid at tiltræde ordningen givet afkald på at udøve indflydelse på konkurrencestillingen, idet denne ikke afhænger af muligheden for at substituere lægemidlerne fra de økonomiske aktører, der har tiltrådt ordningen, men af den beslutning, som hver potentielt interesseret økonomisk aktør træffer om at deltage i rabataftaleordningen.

31 På denne baggrund har Oberlandesgericht Düsseldorf (den regionale appeldomstol i Düsseldorf) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Er der ikke længere tale om en offentlig kontrakt som omhandlet i artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18, hvis ordregivende myndigheder gennemfører en autoriseringsprocedure, hvorved de tildeler kontrakten uden at udvælge en eller flere økonomiske aktører?

2) Såfremt det første spørgsmål skal besvares således, at udvælgelse af en eller flere økonomiske aktører er et kriterium for en offentlig kontrakt, [...] [s]kal kriteriet udvælgelse af økonomiske aktører[, som i dette tilfælde omfatter begrebet »offentlig kontrakt«] i henhold til artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 og set i lyset af direktivets artikel 2, fortolkes således, at ordregivende myndigheder kun må undlade at udvælge en eller flere aktører ved en autoriseringsprocedure, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

— gennemførelsen af autoriseringsproceduren offentliggøres i hele EU

— der fastlægges klare regler om kontraktindgåelse og -tiltrædelse

— kontraktvilkårene fastlægges på forhånd på en sådan måde, at ingen økonomisk aktør kan øve indflydelse på indholdet af kontrakten

— økonomiske aktører indrømmes ret til at tiltræde kontrakten når som helst, og

— kontraktindgåelser bekendtgøres i hele EU?«

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

32 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en aftaleordning som den i hovedsagen omhandlede, hvorved en offentlig enhed ønsker at anskaffe varer på markedet ved for hele denne ordnings varighed at indgå kontrakter med enhver økonomisk aktør, der påtager sig at levere de pågældende varer på de på forhånd fastsatte vilkår, uden at vælge blandt de interesserede økonomiske aktører og ved at give disse mulighed for at tiltræde denne ordning under hele dennes varighed, skal kvalificeres som en offentlig kontrakt i dette direktivs forstand.

33 Som visse af de interesserede, der har indgivet skriftlige bemærkninger til Domstolen, har anført, fører en sådan ordning til indgåelse af gensidigt bebyrdende aftaler mellem en offentlig enhed, der kan være en ordregivende myndighed som omhandlet i direktiv 2004/18, og økonomiske aktører, som vedrører levering af varer, hvilket svarer til definitionen af begrebet »offentlig kontrakt« i direktivets artikel 1, stk. 2, litra a).

34 Det skal dog bemærkes, at det fremgår af anden betragtning til dette direktiv, at de samordningsbestemmelser, som indføres herved, skal fortolkes i overensstemmelse med EUF-traktatens principper, navnlig principperne om fri bevægelighed for varer, fri etableringsret og fri bevægelighed for tjenesteydelser, og de principper, der følger heraf, såsom principperne om ligebehandling, ikke-forskelsbehandling, gensidig anerkendelse, proportionalitet og gennemsigtighed, som indgåelsen af offentlige kontrakter, der gennemføres i medlemsstaterne, er underlagt.

35 Eftersom samordningen på EU-plan af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelseskontrakter har til formål at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, der er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at udbyde goder eller tjenesteydelser til ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat, er formålet med direktiv 2004/18 at fjerne risikoen for, at der indrømmes indenlandske tilbudsgivere eller ansøgere en fortrinsstilling ved de ordregivende myndigheders indgåelse af kontrakter (jf. i denne retning hvad angår det tidligere gældende direktiv om offentlige tjenesteydelseskontrakter dom af 10.11.1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, præmis 41 og 42 og den deri nævnte retspraksis).

36 Den risiko for at give indenlandske økonomiske aktører en fortrinsstilling, som direktivet tilsigter at fjerne, er snævert forbundet med det valg, som den ordregivende myndighed ønsker at foretage blandt de bud, der kan antages, og med den eneret, som vil følge af tildelingen af den pågældende kontrakt til den aktør, hvis bud antages, eller til de økonomiske aktører, hvis bud antages i tilfælde af en rammeaftale, hvilket er formålet med en offentlig udbudsprocedure.

37 Når en offentlig enhed tilsigter at indgå kontrakter om levering med alle de økonomiske aktører, der ønsker at levere de pågældende varer på de vilkår, som denne enhed har anført, betyder den manglende udvælgelse af en økonomisk aktør, som tildeles eneretten til en kontrakt, følgelig, at det ikke er nødvendigt at lade denne ordregivende myndigheds handlinger være omfattet af de præcise regler i direktiv 2004/18 med henblik på at forhindre den i at tildele en kontrakt ved begunstigelse af indenlandske erhvervsdrivende.

38 Valget af et bud, og således af den virksomhed, som tildeles kontrakten, synes at være et element, der er uløseligt forbundet med dette direktivs regulering af offentlige kontrakter, og dermed med begrebet »offentlig kontrakt« som omhandlet i dette direktivs artikel 1, stk. 2, litra a).

39 Denne konstatering underbygges af artikel 43, stk. 1, litra e), i direktiv 2004/18, hvorefter de ordregivende myndigheder for hver kontrakt, hver rammeaftale og hver indførelse af et dynamisk indkøbssystem udarbejder en rapport, der skal omfatte navnet på den tilbudsgiver, hvis tilbud er antaget, og begrundelsen for, at den pågældendes tilbud er valgt.

40 Det skal endvidere bemærkes, at dette princip udtrykkeligt er fastsat i den definition af »udbud«, som nu er indført i artikel 1, stk. 2, i direktiv 2014/24, hvoraf et element er den ordregivende myndigheds valg af den økonomiske aktør, fra hvilken den ved hjælp af en offentlig kontrakt vil anskaffe de bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser, som er genstand for denne kontrakt.

41 Det skal endelig bemærkes, at en særegenhed ved en aftaleordning som den i hovedsagen omhandlede, som består i, at ordningen permanent er tilgængelig under hele dens løbetid for interesserede økonomiske aktører og dermed ikke er begrænset til en indledende periode, hvorunder virksomhederne opfordres til at give udtryk for deres interesse over for den pågældende offentlige enhed, er tilstrækkelig til at adskille denne ordning fra en rammeaftale. I overensstemmelse med artikel 32, stk. 2, andet afsnit, i direktiv 2004/18 kan kontrakter baseret på en rammeaftale nemlig kun indgås med de økonomiske aktører, der oprindeligt var parter i rammeaftalen.

42 Det første spørgsmål skal således besvares med, at artikel 1, stk. 2, litra a), i direktiv 2004/18 skal fortolkes således, at en aftaleordning som den i hovedsagen omhandlede, hvorved en offentlig enhed ønsker at anskaffe varer på markedet ved for hele denne ordnings varighed at indgå kontrakter med enhver økonomisk aktør, der påtager sig at levere de pågældende varer på de på forhånd fastsatte vilkår, uden at vælge blandt de interesserede økonomiske aktører og ved at give disse mulighed for at tiltræde denne ordning under hele dennes varighed, ikke udgør en offentlig kontrakt i dette direktivs forstand.

Det andet spørgsmål

43 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilke vilkår lovligheden af en autoriseringsprocedure for aftaleordninger som den i hovedsagen omhandlede er underlagt i EU-retten.

44 Det skal bemærkes, at en sådan procedure, for så vidt som genstanden herfor har en klar grænseoverskridende interesse, er underlagt de grundlæggende regler i EUF-traktaten, herunder navnlig princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om ligebehandling af erhvervsdrivende samt den forpligtelse til gennemsigtighed, der er afledt heraf, idet sidstnævnte indebærer en forpligtelse til at foretage en passende offentliggørelse. I denne forbindelse har medlemsstaterne i en situation som den i hovedsagen omhandlede en vis skønsmargen med henblik på at vedtage de foranstaltninger, der skal sikre, at ligebehandlingsprincippet og gennemsigtighedsforpligtelsen overholdes.

45 Kravet om gennemsigtighed indebærer imidlertid en offentliggørelse, der gør det muligt for de potentielt interesserede økonomiske aktører at få behørigt kendskab til afviklingen af og de grundlæggende kendetegn ved en autoriseringsprocedure som den i hovedsagen omhandlede.

46 Det tilkommer den forelæggende ret at vurdere, om den omhandlede autoriseringsprocedure opfylder disse betingelser.

47 Det andet spørgsmål skal således besvares med, at for så vidt som genstanden for en autoriseringsprocedure for aftaleordninger som den i hovedsagen omhandlede har en klar grænseoverskridende interesse, skal denne procedure tilrettelægges og afholdes i overensstemmelse

med EUF-traktatens grundlæggende regler, herunder navnlig med princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om ligebehandling af erhvervsdrivende samt den forpligtelse til gennemsigtighed, der er afledt heraf.

Sagens omkostninger

48 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Femte Afdeling), for ret:

1) **Artikel 1, stk. 2, litra a), i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter skal fortolkes således, at en aftaleordning som den i hovedsagen omhandlede, hvorved en offentlig enhed ønsker at anskaffe varer på markedet ved for hele denne ordnings varighed at indgå kontrakter med enhver økonomisk aktør, der påtager sig at levere de pågældende varer på de på forhånd fastsatte vilkår, uden at vælge blandt de interesserede økonomiske aktører og ved at give disse mulighed for at tiltræde denne ordning under hele dennes varighed, ikke udgør en offentlig kontrakt i dette direktivs forstand.**

2) **For så vidt som genstanden for en autoriseringsprocedure for aftaleordninger som den i hovedsagen omhandlede har en klar grænseoverskridende interesse, skal den tilrettelægges og afholdes i overensstemmelse med EUF-traktatens grundlæggende regler, herunder navnlig med princippet om forbud mod forskelsbehandling og princippet om ligebehandling af de erhvervsdrivende samt den forpligtelse til gennemsigtighed, der er afledt heraf.**

Underskrifter