Sammlung der Rechtsprechung

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Fünfte Kammer)

2. Juni 2016*

„Vorlage zur Vorabentscheidung — Öffentliche Aufträge — Richtlinie 2004/18/EG — Art. 1 Abs. 2 Buchst. a — Begriff ‚öffentlicher Auftrag' — System für den Erwerb von Waren, bei dem jeder Wirtschaftsteilnehmer, der die zuvor festgelegten Voraussetzungen erfüllt, als Lieferant zugelassen wird — Lieferung erstattungsfähiger Arzneimittel im Rahmen eines allgemeinen Systems der sozialen Sicherheit — Vereinbarungen zwischen einer Krankenkasse und allen Lieferanten von Arzneimitteln mit einem bestimmten Wirkstoff, die bereit sind, einen Rabatt auf den Kaufpreis in vorgegebener Höhe zu gewähren — Rechtsvorschriften, wonach grundsätzlich ein erstattungsfähiges Arzneimittel, das ein Wirtschaftsteilnehmer vertreibt, der keine solche Vereinbarung abgeschlossen hat, durch ein gleichartiges Arzneimittel eines Wirtschaftsteilnehmers ersetzt wird, der eine solche Vereinbarung abgeschlossen hat"

In der Rechtssache C-410/14

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV, eingereicht vom Oberlandesgericht Düsseldorf (Deutschland) mit Entscheidung vom 13. August 2014, beim Gerichtshof eingegangen am 29. August 2014, in dem Verfahren

Dr. Falk Pharma GmbH

gegen

DAK-Gesundheit,

Beigeladene:

Kohlpharma GmbH,

erlässt

DER GERICHTSHOF (Fünfte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Vierten Kammer T. von Danwitz in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Fünften Kammer sowie der Richter D. Šváby (Berichterstatter), A. Rosas, E. Juhász und C. Vajda,

Generalanwalt: P. Cruz Villalón,

Kanzler: A. Calot Escobar,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens,

* Verfahrenssprache: Deutsch.

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Dr. Falk Pharma GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt M. Ulshöfer,

— der DAK-Gesundheit, vertreten durch Rechtsanwalt A. Csaki,

— der Kohlpharma GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt C. Stumpf,

— der deutschen Regierung, vertreten durch T. Henze und A. Lippstreu als Bevollmächtigte,

— der hellenischen Regierung, vertreten durch K. Nasopoulou und S. Lekkou als Bevollmächtigte,

— der schwedischen Regierung, vertreten durch A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg und F. Sjövall als Bevollmächtigte,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch C. Hermes und A. Tokár als Bevollmächtigte,

aufgrund des nach Anhörung des Generalanwalts ergangenen Beschlusses, ohne Schlussanträge über die Rechtssache zu entscheiden,

folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. 2004, L 134, S. 114, berichtigt im ABl. 2004, L 351, S. 44).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Dr. Falk Pharma GmbH (im Folgenden: Falk) und der Krankenkasse DAK-Gesundheit (im Folgenden: DAK), an dem die Kohlpharma GmbH beteiligt ist und der ein von der DAK eingeleitetes Verfahren zum Abschluss von Rabattverträgen mit Unternehmen, die ein Arzneimittel mit dem Wirkstoff Mesalazin vertreiben, betrifft, das zum Abschluss eines solchen Vertrags mit Kohlpharma geführt hat.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Die Erwägungsgründe 2 und 3 der Richtlinie 2004/18 lauten:

„(2) Die Vergabe von Aufträgen in den Mitgliedstaaten auf Rechnung des Staates, der Gebietskörperschaften und anderer Einrichtungen des öffentlichen Rechts ist an die Einhaltung der im Vertrag niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz. Für öffentliche Aufträge, die einen bestimmten Wert überschreiten, empfiehlt sich indessen die Ausarbeitung von auf diesen Grundsätzen beruhenden Bestimmungen zur gemeinschaftlichen Koordinierung der nationalen Verfahren für die Vergabe solcher Aufträge, um die Wirksamkeit

dieser Grundsätze und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu garantieren. Folglich sollten diese Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der genannten Regeln und Grundsätze sowie gemäß den anderen Bestimmungen des Vertrags ausgelegt werden.

(3) Die Koordinierungsbestimmungen sollten die in den einzelnen Mitgliedstaaten geltenden Verfahren und Verwaltungspraktiken so weit wie möglich berücksichtigen."

4 Im 11. Erwägungsgrund dieser Richtlinie heißt es:

„Es sollten eine gemeinschaftliche Definition der Rahmenvereinbarungen sowie spezifische Vorschriften für die Rahmenvereinbarungen, die für in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallende Aufträge geschlossen werden, vorgesehen werden. Nach diesen Vorschriften kann ein öffentlicher Auftraggeber, wenn er eine Rahmenvereinbarung gemäß den Vorschriften dieser Richtlinie insbesondere über Veröffentlichung, Fristen und Bedingungen für die Abgabe von Angeboten abschließt, während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung Aufträge auf der Grundlage dieser Rahmenvereinbarung entweder durch Anwendung der in der Rahmenvereinbarung enthaltenen Bedingungen oder, falls nicht alle Bedingungen im Voraus in dieser Vereinbarung festgelegt wurden, durch erneute Eröffnung des Wettbewerbs zwischen den Parteien der Rahmenvereinbarung in Bezug auf die nicht festgelegten Bedingungen vergeben. …"

5 Nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 sind für die Zwecke dieser Richtlinie „‚öffentliche Aufträge' … zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossene schriftliche entgeltliche Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne dieser Richtlinie".

6 In Art. 1 Abs. 5 wird der Begriff „Rahmenvereinbarung" wie folgt definiert:

„Eine ‚Rahmenvereinbarung' ist eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge."

7 Art. 2 der Richtlinie lautet:

„Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und gehen in transparenter Weise vor."

8 Art. 32 der Richtlinie 2004/18 bestimmt:

„…

(2) Für den Abschluss einer Rahmenvereinbarung befolgen die öffentlichen Auftraggeber die Verfahrensvorschriften dieser Richtlinie in allen Phasen bis zur Zuschlagserteilung der Aufträge, die auf diese Rahmenvereinbarung gestützt sind. Für die Auswahl der Parteien einer Rahmenvereinbarung gelten die Zuschlagskriterien gemäß Artikel 53.

Aufträge, die auf einer Rahmenvereinbarung beruhen, werden nach den in den Absätzen 3 und 4 beschriebenen Verfahren vergeben. Diese Verfahren sind nur zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und den Wirtschaftsteilnehmern anzuwenden, die von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind.

…

(4) Wird eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossen, so müssen mindestens drei Parteien beteiligt sein, sofern eine ausreichend große Zahl von Wirtschaftsteilnehmern die Eignungskriterien und/oder eine ausreichend große Zahl von zulässigen Angeboten die Zuschlagskriterien erfüllt.

Die Vergabe von Aufträgen, die auf einer mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhen, erfolgt

— entweder nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb

— oder, sofern nicht alle Bedingungen in der Rahmenvereinbarung festgelegt sind, nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb zu denselben Bedingungen, die erforderlichenfalls zu präzisieren sind, oder gegebenenfalls nach anderen, in den Verdingungsunterlagen der Rahmenvereinbarung genannten Bedingungen, und zwar nach folgendem Verfahren:

…“

9 In Art. 43 Abs. 1 dieser Richtlinie heißt es:

„Die öffentlichen Auftraggeber fertigen über jeden vergebenen Auftrag, jede Rahmenvereinbarung und jede Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems einen Vergabevermerk an, der mindestens Folgendes umfasst:

…

e) den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie – falls bekannt – den Anteil am Auftrag oder an der Rahmenvereinbarung, den der Zuschlagsempfänger an Dritte weiterzugeben beabsichtigt;

…“

10 Die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18 (ABl. 2014, L 94, S. 65), deren Umsetzungsmaßnahmen gemäß ihrem Art. 90 Abs. 1 bis 18. April 2016 in Kraft getreten sein müssen, definiert in ihrem Art. 1 Abs. 2 die Auftragsvergabe wie folgt:

„Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.“

Nationales Recht

11 Nach § 129 Abs. 1 des Sozialgesetzbuchs, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (im Folgenden: SGB V), haben Apotheker bei der Abgabe eines Arzneimittels, das nur unter seiner Wirkstoffbezeichnung verordnet worden ist und dessen Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel der verordnende Arzt nicht ausgeschlossen hat, das verordnete Arzneimittel durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel zu ersetzen, für das ein Rabattvertrag im Sinne von § 130a Abs. 8 SGB V geschlossen wurde.

12 Nach § 130a Abs. 8 SGB V können die Krankenkassen oder ihre Verbände mit pharmazeutischen Unternehmern für eine Laufzeit von zwei Jahren Rabatte für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel vereinbaren.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

13 Die DAK veröffentlichte am 28. August 2013 im Supplement zum *Amtsblatt der Europäischen Union* eine Bekanntmachung über ein „Zulassungsverfahren" im Hinblick auf den Abschluss von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel mit dem Wirkstoff Mesalazin. Der Rabatt sollte 15 % auf den Herstellerabgabepreis betragen, und die Laufzeit des Vertrags sollte am 1. Oktober 2013 beginnen und am 30. September 2015 enden.

14 Dieses Verfahren sah vor, dass alle die Zulassungskriterien erfüllenden interessierten Unternehmen zugelassen und mit jedem von ihnen übereinstimmende Vereinbarungen zu im Voraus festgelegten und nicht verhandelbaren Vertragsbedingungen abgeschlossen werden. Außerdem konnte jedes andere Unternehmen, das diese Kriterien erfüllte, dem System der Rabattverträge während dessen Laufzeit zu denselben Bedingungen beitreten.

15 In der Bekanntmachung vom 28. August 2013 wurde darauf hingewiesen, dass dieses Verfahren nicht dem Vergaberecht unterliege.

16 Kohlpharma bekundete auf diese Ausschreibung hin als einziges Unternehmen Interesse. Am 5. Dezember 2013 wurde mit ihr ein Vertrag geschlossen. Der Substitutionsmechanismus des § 129 Abs. 1 SGB V wurde ab dem 1. Januar 2014 in dem von den Apotheken verwendeten Computersystem in Kraft gesetzt. Der Vertragsschluss wurde am 22. Februar 2014 im Amtsblatt veröffentlicht.

17 Falk beantragte am 17. Januar 2014 bei der Vergabekammer des Bundes (Deutschland), die Unvereinbarkeit des von der DAK eingeleiteten Zulassungsverfahrens und der einzigen daraus hervorgegangenen Vereinbarung mit dem Vergaberecht festzustellen. Das Oberlandesgericht Düsseldorf (Deutschland) ist im Beschwerdeverfahren mit der Rechtssache befasst.

18 Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens macht Falk geltend, das Vergaberecht sei anwendbar, da sich eine als öffentlicher Auftraggeber eingestufte Einrichtung Waren auf dem Markt verschaffe, so dass nach dem Vergaberecht eine Ausschreibung durchzuführen sei, wozu der Abschluss von Exklusivverträgen gehöre.

19 Dagegen ist die DAK der Auffassung, dass ein öffentlicher Auftraggeber für den Erwerb der von ihm benötigten Waren und Dienstleistungen nicht nur auf Ausschreibungen zurückgreifen könne, sondern auch auf andere Modelle, so dass es ihm freistehe, im Anschluss an eine Auswahlentscheidung einen Exklusivauftrag zu vergeben oder aber Verträge mit allen interessierten Unternehmen zu schließen, ohne eine Auswahl zu treffen. Das Vorliegen einer Auswahlentscheidung sei aber ein Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Auftrags" im Sinne der Richtlinie 2004/18 und des einschlägigen Unionsrechts, so dass Verträge wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende mangels Auswahl keine öffentlichen Aufträge darstellten.

20 Kohlpharma trägt vor, die Wahlfreiheit eines öffentlichen Auftraggebers in Bezug auf die Natur der für die Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung erforderlichen Verträge sei in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Bereich der Dienstleistungskonzessionen anerkannt.

21 Das vorlegende Gericht führt aus, die Zulässigkeit des von Falk gestellten Antrags hänge davon ab, ob eine Vereinbarung über den Beitritt zu einem Rabattvertragssystem im Sinne von § 130a Abs. 8 SGB V, die im Rahmen eines Zulassungsverfahrens mit allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern ohne

Auswahl abgeschlossen werde, einen öffentlichen Auftrag im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 darstelle. Es gehe mit anderen Worten darum, ob ein öffentlicher Auftrag dadurch gekennzeichnet sei, dass der öffentliche Auftraggeber eine Auswahl vornehme, was bedeute, dass der ausgewählte Wirtschaftsteilnehmer Exklusivität genieße. In diesem Fall würde ein Zulassungsverfahren, das auf den Abschluss von Verträgen mit allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern abziele, kein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags darstellen.

22 In der nationalen Rechtsprechung würden zu dieser Frage verschiedene Auffassungen vertreten. Für manche Gerichte handele es sich bei einem öffentlichen Auftrag um einen Vertrag, mit dem dem ausgewählten Wirtschaftsteilnehmer Exklusivität eingeräumt werde, so dass ein allen Wirtschaftsteilnehmern, die dies wünschten, erteilter Auftrag kein öffentlicher Auftrag sei. Andere Gerichte stuften jeden von einem öffentlichen Auftraggeber erteilten Auftrag als öffentlichen Auftrag ein und hielten daher den öffentlichen Auftraggeber für verpflichtet, einen der Bieter auszuwählen und ihm Exklusivität einzuräumen.

23 Das vorlegende Gericht neigt dazu, in einem Rabattvertragssystem wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden keinen öffentlichen Auftrag zu sehen. Da bei diesem System alle Wirtschaftsteilnehmer zugelassen würden, die die festgelegten Voraussetzungen erfüllten und die Einbeziehung begehrten, finde keine Auswahl statt, und somit werde keinem Wirtschaftsteilnehmer ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt, so dass nicht die Gefahr einer Diskriminierung bestehe. Wie aus dem zweiten Erwägungsgrund und aus Art. 2 der Richtlinie 2004/18 hervorgehe, solle das Vergaberecht gerade missbräuchliche Praktiken im Zusammenhang mit derartigen Gefahren verhindern.

24 Das vorlegende Gericht stützt diese Erwägungen zum einen auf das Urteil vom 10. September 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), dem es entnimmt, dass ein Auftrag nicht zwingend in Form eines öffentlichen Auftrags vergeben werden müsse, wenn eine rechtmäßige Alternative bestehe; dies sei im dortigen Ausgangsverfahren, in dem auf eine Dienstleistungskonzession habe zurückgegriffen werden können, der Fall gewesen. Weder nach dem primären noch nach dem sekundären Unionsrecht müsse jede Vergabe zwangsläufig in der Form eines öffentlichen Auftrags erfolgen. Zwar unterschieden sich der öffentliche Auftrag und die Dienstleistungskonzession in der Art der vertraglich vorgesehenen finanziellen Gegenleistung, doch werde dadurch eine andere Unterscheidung anhand des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern nicht ausgeschlossen. Insoweit könne das Urteil vom 15. Juli 2010, Kommission/Deutschland (C-271/08, EU:C:2010:426), diese Schlussfolgerung mittelbar bestätigen, denn dort habe der Gerichtshof in Rn. 73 festgestellt, dass durch die Vergaberichtlinien die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch die öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen werden solle.

25 Zum anderen verweist das vorlegende Gericht auf die Richtlinie 2014/24 und speziell auf die darin enthaltene Definition des Begriffs „Auftragsvergabe“, in der ausdrücklich von der Auswahl von Wirtschaftsteilnehmern die Rede sei. Zudem fielen nach dem zweiten Absatz des vierten Erwägungsgrundes der Richtlinie Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllten, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt seien, nicht unter den Begriff des öffentlichen Auftrags, wobei eines der angeführten Beispiele auf ein System zu verweisen scheine, das mit dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden vergleichbar sei. Zwar sei die Richtlinie 2014/24 hier in zeitlicher Hinsicht nicht anwendbar, doch sei mit der darin enthaltenen Definition des Begriffs „Auftragsvergabe“, der in der Richtlinie 2004/18 nicht definiert werde, keine Änderung verbunden. Das Vergaberecht der Union sei nämlich stets durch ein Wettbewerbselement gekennzeichnet gewesen.

26 Sei die Auswahl als Charakteristikum eines öffentlichen Auftrags anzusehen und somit ein Zulassungsverfahren zu einem Rabattvertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende grundsätzlich kein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags, so sei klarzustellen, welche

Voraussetzungen ein solches Zulassungsverfahren erfüllen müsse, damit ein öffentlicher Auftraggeber davon absehen könne, ein öffentliches Vergabeverfahren unter Auswahl eines oder mehrerer Wirtschaftsteilnehmer durchzuführen.

27 Das Diskriminierungsverbot, der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, die sich in erster Linie aus dem Primärrecht ergäben, zögen verfahrensbezogene und materielle Anforderungen nach sich, die auch im Rahmen des Zulassungsverfahrens zu beachten seien, um sicherzustellen, dass dabei tatsächlich jede Selektivität ausgeschlossen sei und keinem Wirtschaftsteilnehmer ein Wettbewerbsvorteil verschafft werde. Bereits die Durchführungsmodalitäten eines Zulassungsverfahrens könnten Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen bewirken.

28 Voraussetzung für die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens könnte sein, dass seine Eröffnung und die in seinem Rahmen geschlossenen Verträge europaweit publiziert würden, dass es klare Zulassungsregeln gebe, dass die Bedingungen der Beitrittsverträge zum Rabattsystem vorab festgelegt würden und dass jederzeit die Möglichkeit zum Beitritt bestehe.

29 Diese jederzeitige Beitrittsmöglichkeit unterscheide ein Zulassungsverfahren wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende von einem Verfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Sinne von Art. 32 der Richtlinie 2004/18. Die Vorgabe in Art. 32 Abs. 2 Unterabs. 2, dass auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Aufträge nur an Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden könnten, die Parteien der Rahmenvereinbarung seien, ergebe sich aus der Selektivität dieser Art von Vereinbarung. Eine solche Beschränkung im Rahmen eines Zulassungsverfahrens durch die Bestimmung einer Frist, nach der ein Wirtschaftsteilnehmer dem Rabattvertragssystem nicht mehr beitreten könne, wäre diskriminierend, weil den Wirtschaftsteilnehmern, die dem System beigetreten seien, ein Wettbewerbsvorteil verschafft würde.

30 Der in § 129 SGB V für Arzneimittel vorgesehene Substitutionsmechanismus verschaffe im Fall des Beitritts zu einem Rabattvertragssystem im Sinne von § 130a Abs. 8 SGB V keinen solchen Wettbewerbsvorteil. Anders verhielte es sich insoweit, wenn ein solcher Rabattvertrag im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens geschlossen würde. Dann hätte die dem Auftragnehmer gewährte Exklusivität zur Folge, dass ihm eine Sonderstellung im Wettbewerb verschafft würde, so dass sich die Vergabe eines Auftrags entscheidend auf den Wettbewerb auswirkte. Würden solche Vereinbarungen dagegen mit allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern geschlossen, erfolge die Ersetzung des Arzneimittels nicht aufgrund einer Auswahl durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern der Apotheker oder der Patient wähle anhand der von den Wirtschaftsteilnehmern, die am Rabattvertragssystem beteiligt seien, gebotenen Einkaufskonditionen aus. So sei es denkbar, dass die Arzneimittel mancher beigetretenen Unternehmen nur sehr selten gekauft würden. Dies gelte auch dann, wenn – wie im vorliegenden Fall – nur ein Wirtschaftsteilnehmer beigetreten sei. Da jedem interessierten Wirtschaftsteilnehmer ein jederzeitiges Beitrittsrecht gewährt werde, habe der öffentliche Auftraggeber nämlich darauf verzichtet, Einfluss auf die Wettbewerbssituation zu nehmen. Diese hänge nicht von der möglichen Substitution der Arzneimittel der beigetretenen Wirtschaftsteilnehmer ab, sondern von der Entscheidung jedes potenziell interessierten Wirtschaftsteilnehmers, sich am Rabattvertragssystem zu beteiligen.

31 Vor diesem Hintergrund hat das Oberlandesgericht Düsseldorf beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist der Begriff des öffentlichen Auftrags nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 nicht mehr erfüllt, wenn öffentliche Auftraggeber ein Zulassungsverfahren durchführen, bei dem sie den Auftrag vergeben, ohne einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer auszuwählen („Open-House-Modell“)?

2. Falls Frage 1 dahin zu beantworten ist, dass eine Auswahl eines oder mehrerer Wirtschaftsteilnehmer Merkmal eines öffentlichen Auftrags ist: Ist das Merkmal der Auswahl von Wirtschaftsteilnehmern – das der Begriff des öffentlichen Auftrags dann implizieren würde – im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 im Licht von Art. 2 dieser Richtlinie dahin auszulegen, dass öffentliche Auftraggeber von einer Auswahl eines oder mehrerer Wirtschaftsteilnehmer im Wege eines Zulassungsverfahrens nur absehen dürfen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

   — die Durchführung eines Zulassungsverfahrens wird europaweit publiziert,

   — es werden eindeutige Regeln über den Vertragsschluss und den Vertragsbeitritt festgelegt,

   — die Vertragsbedingungen werden im Vorhinein in der Weise festgelegt, dass kein Wirtschaftsteilnehmer auf den Inhalt des Vertrags Einfluss nehmen kann,

   — Wirtschaftsteilnehmern wird ein jederzeitiges Beitrittsrecht gewährt und

   — Vertragsschlüsse werden europaweit bekannt gegeben?

Zu den Vorlagefragen

Zur ersten Frage

32 Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass ein Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, mittels dessen eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen, und ihnen während der gesamten Laufzeit des Systems gestattet, ihm beizutreten, als öffentlicher Auftrag im Sinne dieser Richtlinie einzustufen ist.

33 Wie mehrere Verfahrensbeteiligte in ihren beim Gerichtshof eingereichten schriftlichen Erklärungen feststellen, führt ein solches System zwar zum Abschluss entgeltlicher Verträge über die Lieferung von Waren zwischen einer öffentlichen Einrichtung, die ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/18 sein könnte, und Wirtschaftsteilnehmern, was der Definition des Begriffs „öffentlicher Auftrag“ in Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie entspricht.

34 Jedoch ist zum einen darauf hinzuweisen, dass nach dem zweiten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/18 die durch sie geschaffenen Koordinierungsbestimmungen nach Maßgabe der Grundsätze des AEU-Vertrags, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz, auszulegen sind, denen die Vergabe öffentlicher Aufträge in den Mitgliedstaaten unterliegt.

35 Zum anderen soll die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge auf Unionsebene die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten, so dass der Zweck der Richtlinie 2004/18 darin besteht, die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch

öffentliche Auftraggeber auszuschließen (vgl. in diesem Sinne, hinsichtlich der zuvor geltenden Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, Urteil vom 10. November 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, Rn. 41 und 42 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

36 Die Gefahr der Bevorzugung inländischer Wirtschaftsteilnehmer, der die Richtlinie entgegenwirken soll, ist jedoch eng mit der Auswahl verbunden, die der öffentliche Auftraggeber unter den zulässigen Angeboten vorzunehmen beabsichtigt, sowie mit der Ausschließlichkeit, die sich für den Wirtschaftsteilnehmer, dessen Angebot angenommen wurde, oder – im Fall einer Rahmenvereinbarung – für die Wirtschaftsteilnehmer, deren Angebote angenommen wurden, aus dem erteilten Zuschlag ergibt, was Sinn und Zweck eines öffentlichen Vergabeverfahrens ist.

37 Strebt eine öffentliche Einrichtung an, mit allen Wirtschaftsteilnehmern, die die betreffenden Waren zu den von ihr vorgegebenen Bedingungen anbieten wollen, Lieferverträge zu schließen, so hat die fehlende Auswahl eines Wirtschaftsteilnehmers, an den ein Auftrag mit Ausschließlichkeit vergeben wird, zur Folge, dass das Tätigwerden dieses öffentlichen Auftraggebers nicht den präzisen Regeln der Richtlinie 2004/18 unterworfen werden muss, um zu verhindern, dass er bei der Auftragsvergabe inländische Wirtschaftsteilnehmer bevorzugt.

38 Die Auswahl eines Angebots und somit eines Auftragnehmers stellt daher ein Element dar, das mit dem durch diese Richtlinie geschaffenen Rahmen für öffentliche Aufträge und folglich mit dem Begriff „öffentlicher Auftrag“ im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie untrennbar verbunden ist.

39 Dies wird durch Art. 43 Abs. 1 Buchst. e der Richtlinie 2004/18 bestätigt, der vorsieht, dass die öffentlichen Auftraggeber über jeden vergebenen Auftrag, jede Rahmenvereinbarung und jede Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems einen Vergabevermerk anfertigen, der den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots umfasst.

40 Überdies wird dieser Grundsatz ausdrücklich in der nun in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24 enthaltenen Definition des Begriffs „Auftragsvergabe“ erwähnt, wonach es zu deren Merkmalen gehört, dass der öffentliche Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer auswählt, von dem er im Wege eines öffentlichen Auftrags die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen erwerben wird, die Gegenstand des Auftrags sind.

41 Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Besonderheit eines Vertragssystems wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden – die darin besteht, dass das System interessierten Wirtschaftsteilnehmern während seiner gesamten Laufzeit durchgängig offensteht und somit nicht nur während einer Eingangsphase, in der die Unternehmen aufgefordert sind, gegenüber der betreffenden öffentlichen Einrichtung ihr Interesse zu bekunden – ausreicht, um es von einer Rahmenvereinbarung zu unterscheiden. Nach Art. 32 Abs. 2 Unterabs. 2 der Richtlinie 2004/18 können nämlich auf einer Rahmenvereinbarung beruhende Aufträge nur an Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden, die von Anbeginn an an der Rahmenvereinbarung beteiligt sind.

42 Auf die erste Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18 dahin auszulegen ist, dass ein Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, mittels dessen eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen, und ihnen während der gesamten Laufzeit des Systems gestattet, ihm beizutreten, keinen öffentlichen Auftrag im Sinne dieser Richtlinie darstellt.

Zur zweiten Frage

43 Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, unter welchen Voraussetzungen ein Zulassungsverfahren zu einem Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende nach dem Unionsrecht zulässig ist.

44 Ein solches Verfahren unterliegt, soweit sein Gegenstand ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse aufweist, den Grundregeln des AEU-Vertrags, insbesondere den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot, das eine angemessene Bekanntmachung verlangt. Die Mitgliedstaaten verfügen dabei in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden über einen gewissen Gestaltungsspielraum beim Erlass von Maßnahmen zur Gewährleistung der Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots.

45 Das Transparenzerfordernis setzt jedoch eine Bekanntmachung voraus, die es den potenziell interessierten Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, vom Ablauf und von den wesentlichen Merkmalen eines Zulassungsverfahrens wie des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden gebührend Kenntnis zu nehmen.

46 Es ist Sache des vorlegenden Gerichts, zu beurteilen, ob das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Zulassungsverfahren diesen Anforderungen genügt.

47 Daher ist auf die zweite Vorlagefrage zu antworten, dass ein Zulassungsverfahren zu einem Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, soweit sein Gegenstand ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse aufweist, im Einklang mit den Grundregeln des AEU-Vertrags ausgestaltet und durchgeführt werden muss, insbesondere mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot.

Kosten

48 Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem beim vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts. Die Auslagen anderer Beteiligter für die Abgabe von Erklärungen vor dem Gerichtshof sind nicht erstattungsfähig.

Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Fünfte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge ist dahin auszulegen, dass ein Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende, mittels dessen eine öffentliche Einrichtung Waren auf dem Markt erwerben will, wobei sie während der gesamten Laufzeit dieses Systems mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen, und ihnen während der gesamten Laufzeit des Systems gestattet, ihm beizutreten, keinen öffentlichen Auftrag im Sinne dieser Richtlinie darstellt.**

2. **Ein Zulassungsverfahren zu einem Vertragssystem wie das im Ausgangsverfahren in Rede stehende muss, soweit sein Gegenstand ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse aufweist, im Einklang mit den Grundregeln des AEU-Vertrags ausgestaltet und durchgeführt**

werden, insbesondere mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie dem sich daraus ergebenden Transparenzgebot.

Unterschriften