ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

2 juni 2016*

„Prejudiciële verwijzing — Overheidsopdrachten — Richtlijn 2004/18/EG — Artikel 1, lid 2, onder a) — Begrip ‚overheidsopdracht' — Aankoopsysteem voor goederen waarbij iedere ondernemer die beantwoordt aan vooraf vastgestelde voorwaarden, wordt toegelaten als leverancier — Verstrekking van in een algemeen socialezekerheidsstelsel terugbetaalbare geneesmiddelen — Overeenkomsten gesloten tussen een ziekenfonds en alle verstrekkers van geneesmiddelen met een welbepaalde werkzame stof die aanvaarden een vooraf bepaald percentage korting te verlenen op de verkoopprijs — Wetgeving die in beginsel voorziet in de vervanging van een terugbetaalbaar geneesmiddel dat in de handel werd gebracht door een ondernemer die geen dergelijke overeenkomst heeft gesloten, door een geneesmiddel van hetzelfde type dat in de handel werd gebracht door een ondernemer die een dergelijke overeenkomst heeft gesloten"

In zaak C-410/14,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechter Düsseldorf, Duitsland) bij beslissing van 13 augustus 2014, ingekomen bij het Hof op 29 augustus 2014, in de procedure

Dr. Falk Pharma GmbH

tegen

DAK-Gesundheit,

in tegenwoordigheid van:

Kohlpharma GmbH,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: T. von Danwitz, president van de Vierde kamer, waarnemend voor de president van de Vijfde kamer, D. Šváby (rapporteur), A. Rosas, E. Juhász en C. Vajda, rechters,

advocaat-generaal: P. Cruz Villalón,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

* Procestaal: Duits.

gelet op de opmerkingen van:

— Dr. Falk Pharma GmbH, vertegenwoordigd door M. Ulshöfer, Rechtsanwalt,

— DAK-Gesundheit, vertegenwoordigd door A. Csaki, Rechtsanwalt,

— Kohlpharma GmbH, vertegenwoordigd door C. Stumpf, Rechtsanwalt,

— de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en A. Lippstreu als gemachtigden,

— de Griekse regering, vertegenwoordigd door K. Nasopoulou en S. Lekkou als gemachtigden,

— de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, N. Otte Widgren, E. Karlsson, L. Swedenborg en F. Sjövall als gemachtigden,

— de Europese Commissie, vertegenwoordigd door C. Hermes en A. Tokár als gemachtigden,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB 2004, L 134, blz. 114, met rectificatie in PB 2004, L 351, blz. 44).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Dr. Falk Pharma GmbH (hierna: „Falk”) en het ziekenfonds DAK-Gesundheit (hierna: „DAK”), in tegenwoordigheid van Kohlpharma GmbH, dat is ontstaan naar aanleiding van een door DAK gevoerde procedure voor het sluiten van kortingsovereenkomsten met ondernemingen die een geneesmiddel met de werkzame stof mesalazine in de handel brengen, na afloop waarvan een dergelijke overeenkomst is gesloten met Kohlpharma.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3 Overwegingen 2 en 3 van richtlijn 2004/18 luiden als volgt:

„(2) Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de staat, territoriale lichamen en andere publiekrechtelijke instellingen moeten de beginselen van het Verdrag geëerbiedigd worden, met name het vrije verkeer van goederen, vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie. Voor overheidsopdrachten boven een bepaalde waarde is het echter raadzaam om bepalingen voor de coördinatie door de Gemeenschap van de nationale procedures voor de plaatsing van dergelijke opdrachten op te stellen die gebaseerd zijn op die beginselen, om ervoor te zorgen dat zij effect sorteren en daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten te garanderen. Bijgevolg moeten deze coördinatiebepalingen overeenkomstig voornoemde regels en beginselen alsmede overeenkomstig de andere Verdragsregels worden uitgelegd.

(3) Deze coördinatiebepalingen moeten de in elk van de lidstaten geldende procedures en praktijken zoveel mogelijk eerbiedigen."

4 Overweging 11 van deze richtlijn luidt:

„Een communautaire definitie van raamovereenkomsten is nodig, samen met specifieke regels voor de raamovereenkomsten welke worden gesloten met betrekking tot opdrachten die onder het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen. Op grond van deze regels kan een aanbestedende dienst die overeenkomstig de bepalingen van deze richtlijn een raamovereenkomst sluit betreffende, met name, de bekendmaking, de termijnen en de voorwaarden voor de indiening van inschrijvingen, tijdens de looptijd van de raamovereenkomst daarop gebaseerde opdrachten plaatsen door ofwel de voorwaarden in de raamovereenkomst toe te passen, ofwel, indien niet alle voorwaarden vooraf in de raamovereenkomst zijn bepaald, door een nieuwe oproep tot mededinging te doen aan de partijen bij de raamovereenkomst met betrekking tot de nog niet bepaalde voorwaarden. [...]"

5 Artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 bepaalt dat voor de toepassing ervan „‚overheidsopdrachten' schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel zijn die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van [deze] richtlijn."

6 Dat artikel 1 definieert in lid 5 het begrip „raamovereenkomst" als volgt:

„Een ‚raamovereenkomst' is een overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid."

7 Artikel 2 van dezelfde richtlijn bepaalt het volgende:

„Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen."

8 Artikel 32 van richtlijn 2004/18 luidt:

„[...]

2. Met het oog op het sluiten van een raamovereenkomst volgen de aanbestedende diensten de in deze richtlijn bedoelde procedureregels in alle fasen tot de gunning van de opdrachten die op deze raamovereenkomst zijn gebaseerd. De partijen bij de raamovereenkomst worden gekozen met toepassing van de overeenkomstig artikel 53 opgestelde gunningscriteria.

Opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst, worden gegund volgens de in de leden 3 en 4 vermelde procedures. Die procedures zijn slechts van toepassing tussen de aanbestedende diensten en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij waren.

[...]

4. Als er een raamovereenkomst wordt gesloten met meerdere ondernemers, dienen dat er minimaal drie te zijn, voor zover het aantal ondernemers dat aan de selectiecriteria voldoet, en/of het aantal inschrijvingen dat aan de gunningscriteria voldoet, voldoende groot is.

Opdrachten op basis van raamovereenkomsten met meerdere ondernemers kunnen worden gegund:

— hetzij door toepassing van de in de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, zonder de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen,

— hetzij, wanneer niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst zijn bepaald, door de partijen opnieuw tot mededinging op te roepen onder dezelfde voorwaarden, die indien nodig worden gepreciseerd, en, in voorkomend geval, onder andere, in het bestek van de raamovereenkomst bepaalde voorwaarden, volgens de onderstaande procedure:

[...]"

9 Artikel 43, eerste alinea, van deze richtlijn bepaalt:

„Over elke opdracht, elke raamovereenkomst en elke instelling van een dynamisch aankoopsysteem stellen de aanbestedende diensten een proces-verbaal op, dat ten minste het volgende bevat:

[...]

e) de naam van de begunstigde en de motivering voor de keuze van zijn inschrijving, alsmede, indien bekend, het gedeelte van de opdracht of de raamovereenkomst dat de begunstigde voornemens is aan derden in onderaanneming te geven;

[...]"

10 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van richtlijn 2004/18 (PB 2014, L 94, blz. 65), waarvan de omzettingswetgeving overeenkomstig artikel 90, lid 1, uiterlijk op 18 april 2016 in werking moest treden, definieert in artikel 1, lid 2, het begrip „aanbesteding" als volgt:

„Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet."

Nationaal recht

11 Volgens § 129, lid 1, van het Sozialgesetzbuch, Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (Duits wetboek inzake sociale zekerheid, boek V – wettelijke ziektekostenverzekering; hierna: „SGB V") moeten apothekers bij de verstrekking van een geneesmiddel dat werd voorgeschreven onder verwijzing naar zijn werkzame stof en waarvan de vervanging door een geneesmiddel met een gelijkwaardige werkzame stof niet is uitgesloten door de voorschrijvende arts, het voorgeschreven geneesmiddel vervangen door een geneesmiddel met een gelijkwaardige werkzame stof waarvoor een kortingsovereenkomst werd gesloten in de zin van § 130a, lid 8, SGB V.

12 Volgens deze laatste bepaling kunnen ziekenfondsen of hun groeperingen met farmaceutische ondernemingen tweejarige kortingsovereenkomsten sluiten met betrekking tot de verkoopprijs van geneesmiddelen die ten laste van deze fondsen worden verstrekt.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

13 Op 28 augustus 2013 heeft DAK in het Supplement op het *Publicatieblad van de Europese Unie* de aankondiging bekendgemaakt van een „toelatingsprocedure" om overeenkomstig § 130a, lid 8, SGB V kortingsovereenkomsten voor geneesmiddelen met de werkzame stof mesalazine te sluiten. Het kortingspercentage werd vastgesteld op 15 % van de prijs „af-fabriek" en de betrokken periode liep van 1 oktober 2013 tot en met 30 september 2015.

14 Volgens deze procedure werden alle belangstellende ondernemingen die aan de toelatingscriteria voldeden, toegelaten en werden met al deze ondernemingen identieke overeenkomsten gesloten waarvan de voorwaarden vooraf waren vastgesteld zonder dat daarover kon worden onderhandeld. Bovendien had iedere andere onderneming die aan deze criteria voldeed, nog de mogelijkheid om onder dezelfde voorwaarden tot het systeem van kortingsovereenkomsten toe te treden tijdens de looptijd ervan.

15 In de aankondiging van 28 augustus 2013 stond te lezen dat deze procedure niet aan het overheidsopdrachtenrecht was onderworpen.

16 Kohlpharma was de enige onderneming die belangstelling toonde na deze aankondiging. Op 5 december 2013 werd met deze onderneming een overeenkomst gesloten. De bij § 129, lid 1, SGB V vastgestelde vervangingsregeling werd vanaf 1 januari 2014 in het door apothekers gebruikte informaticasysteem opgenomen. In een mededeling in het Publicatieblad op 22 februari daaropvolgend werd bekendgemaakt dat deze overeenkomst was afgesloten.

17 Op 17 januari 2014 heeft Falk bij de Vergabekammer des Bundes (federale kamer bevoegd voor overheidsopdrachten, Duitsland) beroep ingesteld tot vaststelling dat de door DAK gevoerde toelatingsprocedure en de enige daaruit voortvloeiende overeenkomst onverenigbaar zijn met het overheidsopdrachtenrecht. Het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechter Düsseldorf, Duitsland) neemt in tweede aanleg kennis van dit beroep.

18 In het kader van dit beroep voert Falk aan dat het overheidsopdrachtenrecht moet worden toegepast zodra een als aanbestedende dienst aangemerkte instelling goederen op de markt aankoopt, en dat op grond van dit recht tot mededinging moet worden opgeroepen, met als gevolg dat exclusieve overeenkomsten worden gesloten.

19 Omgekeerd meent DAK dat een aanbestedende dienst, om de door hem benodigde goederen en diensten te betrekken, niet enkel gebruik kan maken van overheidsopdrachten, maar ook van andere modellen dan overheidsopdrachten, en dus vrij is een opdracht exclusief te gunnen na een selectiebeslissing, maar ook om overeenkomsten te sluiten met alle belangstellende ondernemingen zonder een selectie door te voeren. Het bestaan van een selectiebeslissing vormt evenwel een constitutief bestanddeel van het begrip „overheidsopdracht" in de zin van richtlijn 2004/18 en van het Unierecht ter zake, zodat overeenkomsten als in het hoofdgeding geen overheidsopdrachten vormen doordat geen selectie wordt gemaakt.

20 Kohlpharma is van mening dat de keuzevrijheid van een aanbestedende dienst met betrekking tot de aard van de overeenkomsten die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een openbaredienstverplichting, is neergelegd in de rechtspraak van het Hof inzake dienstenconcessies.

21 De verwijzende rechter zet uiteen dat de ontvankelijkheid van het door Falk ingestelde beroep afhankelijk is van het antwoord op de vraag of een overeenkomst voor toetreding tot een systeem van kortingsafspraken in de zin van § 130a, lid 8, SGB V, die in een toelatingsprocedure zonder selectie wordt gesloten met alle belangstellende ondernemers, een overheidsopdracht uitmaakt in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18. Het gaat er met andere woorden om te weten of een overheidsopdracht wordt gekenmerkt door een keuze van de aanbestedende dienst, wat impliceert dat

de geselecteerde ondernemer over exclusiviteit beschikt. In dat geval vormt een toelatingsprocedure voor het sluiten van overeenkomsten met alle belangstellende ondernemers geen procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten.

22 Deze rechter wijst erop dat de nationale rechtspraak op dit punt verdeeld is. Volgens sommige rechters is een overheidsopdracht een overeenkomst waarbij aan de geselecteerde ondernemer exclusiviteit wordt verleend, zodat een opdracht die wordt afgesloten met alle ondernemers die daarom verzoeken, geen overheidsopdracht vormt. Andere rechters zijn van oordeel dat iedere door een aanbestedende dienst afgesloten opdracht een overheidsopdracht uitmaakt en dat de keuze van een inschrijver en dus de toekenning van exclusiviteit een verplichting is voor de aanbestedende dienst.

23 De verwijzende rechter is geneigd te denken dat een systeem van kortingsafspraken als in het hoofdgeding geen overheidsopdracht vormt. Doordat alle ondernemers die aan de gestelde voorwaarden voldoen en wensen deel te nemen, tot dit systeem worden toegelaten, is er immers geen selectie en dus geen toekenning van een economisch voordeel aan een ondernemer en bijgevolg geen risico op discriminatie. Zoals blijkt uit overweging 2 en artikel 2 van richtlijn 2004/18, heeft het overheidsopdrachtenrecht juist tot doel met dit soort risico's verbonden misstanden te voorkomen.

24 De verwijzende rechter wijst ter ondersteuning van deze overwegingen allereerst op het arrest van 10 september 2009, Eurawasser (C-206/08, EU:C:2009:540), waaruit hij afleidt dat een opdracht niet noodzakelijk moet worden gegund in de vorm van een overheidsopdracht wanneer er een legaal alternatief voorhanden is, dat in het hoofdgeding dat heeft geleid tot dat arrest, bestond in een concessieovereenkomst voor diensten. Noch het primaire recht, noch het afgeleide recht lijkt volgens hem immers te impliceren dat voor iedere aankoop verplicht een overheidsopdracht moet worden geplaatst. Deze rechter is van oordeel dat, hoewel er een verschil bestaat tussen een overheidsopdracht en een concessieovereenkomst voor diensten naargelang de aard van de in de overeenkomst vastgestelde financiële tegenprestatie, niets uitsluit dat een ander onderscheid kan worden gemaakt naargelang onder de belangstellende ondernemers een keuze wordt gemaakt. Dienaangaande is deze rechter van oordeel dat het arrest van 15 juli 2010, Commissie/Duitsland (C-271/08, EU:C:2010:426) deze conclusie indirect kan bevestigen, waar het Hof in punt 73 heeft geoordeeld dat de richtlijnen inzake overheidsopdrachten tot doel hebben het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van een opdracht de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden.

25 De verwijzende rechter verwijst voorts naar richtlijn 2014/24, in het bijzonder naar de definitie van het in deze richtlijn geïntroduceerde begrip „plaatsen van overheidsopdrachten", die uitdrukkelijk verwijst naar de keuze van ondernemers, en naar de tweede alinea van overweging 4 van deze richtlijn, volgens welke geen sprake is van aanbesteding in gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren, waarbij één van de gegeven voorbeelden lijkt te verwijzen naar een systeem dat vergelijkbaar is met dat van het hoofdgeding. Ofschoon richtlijn 2014/24 in casu ratione temporis niet toepasselijk is, is met de daarin opgenomen definitie van het begrip „plaatsen van overheidsopdrachten" niets gewijzigd, ook al bevatte richtlijn 2004/18 geen definitie van dit begrip. Het Unierecht inzake overheidsopdrachten is immers al altijd door een mededingingselement gekenmerkt.

26 Ingeval moet worden aangenomen dat de selectie een kenmerkend element van een overheidsopdracht vormt en dat een procedure voor toelating tot een systeem van kortingsafspraken als die in het hoofdgeding in beginsel geen aanbestedingsprocedure uitmaakt, is de verwijzende rechter van oordeel dat het nodig is te verduidelijken onder welke voorwaarden een dergelijke toelatingsprocedure regelmatig is, waarbij naleving van deze voorwaarden een vereiste is opdat een aanbestedende dienst kan afzien van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, die de selectie van één of meerdere ondernemers impliceert.

27 Deze rechter benadrukt dat de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling, evenals de transparantieverplichting, die in eerste instantie voortvloeien uit het primaire recht, procedurele en materiële vereisten in het leven roepen die eveneens in het kader van deze toelatingsprocedure gelden teneinde te waarborgen dat deze procedure daadwerkelijk verstoken blijft van enige selectiviteit zodat aan geen enkele onderneming een mededingingsvoordeel wordt toegekend. De wijze waarop een toelatingsprocedure wordt georganiseerd, kan evenwel discriminatie en ongelijke behandeling creëren.

28 Een bekendmaking op Unieniveau betreffende de opening van deze procedure en de overeenkomsten die in het kader ervan zullen worden gesloten, de duidelijkheid van de regels inzake de toelating, de vaststelling vooraf van de voorwaarden van de overeenkomst voor toetreding tot het systeem van kortingsafspraken en een mogelijkheid tot toetreding op ieder moment kunnen als voorwaarden inzake de regelmatigheid van een dergelijke procedure gelden.

29 Deze mogelijkheid om op ieder moment toe te treden onderscheidt een toelatingsprocedure als de onderhavige van een procedure voor het sluiten van een raamovereenkomst, die wordt geregeld in artikel 32 van richtlijn 2004/18. De in lid 2, tweede alinea, van dit artikel gestelde eis, volgens welke opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst slechts kunnen worden gesloten met ondernemers die bij deze raamovereenkomst partij waren, is immers het gevolg van de selectiviteit van dit soort overeenkomsten. Volgens de verwijzende rechter zou, wanneer een dergelijke beperking in het kader van een toelatingsprocedure wordt opgelegd doordat een termijn wordt gesteld waarna een ondernemer niet meer kan toetreden tot het systeem van kortingsafspraken, dit een discriminatoir effect hebben omdat op deze wijze een mededingingsvoordeel wordt verstrekt aan de ondernemers die tot dit systeem zijn toegetreden.

30 De verwijzende rechter is van oordeel dat de in § 129 SGB V voorziene regeling van vervanging van een geneesmiddel geen dergelijk mededingingsvoordeel oplevert in het geval van toetreding tot een systeem van kortingsafspraken in de zin van § 130a, lid 8, van dezelfde tekst. Op dat punt is de situatie anders wanneer een dergelijke kortingsovereenkomst wordt gesloten in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht. In dat laatste geval heeft de exclusiviteit die de geselecteerde opdrachtnemer geniet, tot gevolg dat hij over een bijzondere mededingingspositie beschikt, aangezien de gunning van de opdracht van doorslaggevende invloed op de mededinging is. Wanneer daarentegen met alle belangstellende ondernemers dergelijke overeenkomsten worden gesloten, is de vervanging van het geneesmiddel niet gebaseerd op een keuze door de aanbestedende dienst, maar op een keuze door de apotheker of de patiënt naargelang van de aankoopvoorwaarden die zijn voorgesteld door de ondernemers die zijn toegetreden tot het systeem van kortingsovereenkomsten. Zo is het mogelijk dat het product van bepaalde toegetreden ondernemers slechts zeer zelden wordt gekocht. Dit kan zo zijn ook al is, zoals in casu, slechts één ondernemer toegetreden. Doordat iedere belangstellende ondernemer het recht krijgt om op ieder moment toe te treden, ziet de aanbestedende dienst immers ervan af invloed uit te oefenen op de mededingingssituatie, welke niet afhangt van de mogelijkheid tot vervanging van de geneesmiddelen van de toegetreden ondernemers, maar van de door iedere mogelijke belangstellende ondernemer genomen beslissing om al dan niet toe te treden tot het systeem van kortingsovereenkomsten.

31 Tegen deze achtergrond heeft het Oberlandesgericht Düsseldorf (hoogste rechter Düsseldorf) de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is van een overheidsopdracht overeenkomstig artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 geen sprake meer wanneer aanbestedende diensten een toelatingsprocedure voeren waarbij zij de opdracht plaatsen zonder één of meer ondernemers te kiezen („openhousemodel”)?

2) Indien de eerste vraag aldus moet worden beantwoord dat een keuze voor één of meer ondernemers kenmerkend is voor een overheidsopdracht, [...] moet het kenmerk inzake de keuze van ondernemers [, welk kenmerk het begrip „overheidsopdracht” in dat geval impliceert,] in de

zin van artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 dan in het licht van artikel 2 van deze richtlijn aldus worden uitgelegd dat aanbestedende diensten enkel mogen afzien van een keuze van één of meerdere ondernemers door middel van een toelatingsprocedure, wanneer aan de volgende voorwaarden is voldaan:

— op Unieniveau wordt bekendgemaakt dat een toelatingsprocedure wordt gevoerd;

— er worden duidelijke regels vastgelegd over het sluiten van de overeenkomst en het toetreden ertoe;

— de voorwaarden van de overeenkomst worden vooraf aldus vastgelegd dat geen ondernemer invloed kan uitoefenen op de inhoud van de overeenkomst;

— aan ondernemers wordt een recht verleend om te allen tijde toe te treden en

— op Unieniveau wordt bekendgemaakt dat overeenkomsten zijn gesloten?"

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

32 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „overheidsopdracht" in de zin van deze richtlijn ziet op een systeem van afspraken als in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling voornemens is goederen op de markt aan te kopen, door tijdens de gehele looptijd van dat systeem overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken goederen te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden, waarbij de openbare instelling geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt en hun toestaat tot dat systeem toe te treden tijdens de gehele looptijd ervan.

33 Zoals een aantal belangstellende partijen in hun bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen aanvoeren, leidt een dergelijk systeem ertoe dat overeenkomsten onder bezwarende titel worden gesloten tussen een openbare instelling, die een aanbestedende dienst in de zin van richtlijn 2004/18 kan zijn, en ondernemers wier doel erin bestaat producten te leveren, wat overeenstemt met de definitie van het begrip „overheidsopdracht" in artikel 1, lid 2, onder a), van deze richtlijn.

34 Evenwel dient enerzijds te worden opgemerkt dat volgens overweging 2 van deze richtlijn de daarin vastgestelde coördinatiebepalingen moeten worden uitgelegd overeenkomstig de beginselen van het VWEU, met name de beginselen van het vrije verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verlenen van diensten, alsmede de daarvan afgeleide beginselen, zoals gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie, die van toepassing zijn op het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten.

35 Anderzijds, aangezien de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening op Unieniveau aldus beoogt om zo de belangen te beschermen van de in een lidstaat gevestigde marktdeelnemers die goederen of diensten aan in een andere lidstaat gevestigde aanbestedende diensten wensen aan te bieden, heeft richtlijn 2004/18 tot doel, het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van welke opdracht ook, de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden (zie in die zin, met betrekking tot de richtlijn inzake overheidsopdrachten voor dienstverlening die voorheen van kracht was, arrest van 10 november 1998, BFI Holding, C-360/96, EU:C:1998:525, punten 41 en 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Het risico dat nationale ondernemingen worden begunstigd, dat deze richtlijn beoogt uit te sluiten, houdt echter in wezen nauw verband met de selectie die de aanbestedende dienst onder de ontvankelijke inschrijvingen wil maken, en met de exclusiviteit die zal voortvloeien uit de gunning van de betrokken opdracht aan de geselecteerde ondernemer, of aan de geselecteerde ondernemers ingeval van een raamovereenkomst, wat uiteindelijk het doel vormt van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht.

37 Wanneer een openbare instelling leveringsovereenkomsten wil sluiten met alle ondernemers die de betrokken producten willen leveren onder de door deze instelling opgelegde voorwaarden, bestaat er dus, doordat geen ondernemer wordt aangewezen aan wie exclusief een opdracht wordt gegund, geen noodzaak om het handelen van deze aanbestedende dienst aan de nauwkeurige regels van richtlijn 2004/18 te onderwerpen teneinde te vermijden dat hij bij de gunning van een opdracht nationale ondernemers begunstigt.

38 De keuze van een inschrijving, en dus van een begunstigde, is dus een element dat intrinsiek verbonden is met de bij deze richtlijn ingevoerde regelgeving voor overheidsopdrachten en bijgevolg met het begrip „overheidsopdracht” in de zin van artikel 1, lid 2, onder a), hiervan.

39 Die vaststelling vindt steun in artikel 43, eerste alinea, onder e), van richtlijn 2004/18, dat bepaalt dat over elke opdracht, elke raamovereenkomst en elke instelling van een dynamisch aankoopsysteem de aanbestedende diensten een proces-verbaal opstellen, dat de naam van de begunstigde en de motivering voor de keuze van zijn inschrijving bevat.

40 Overigens zij opgemerkt dat dit beginsel expliciet is neergelegd in de definitie van het begrip „aanbesteding”, die thans is vervat in artikel 1, lid 2, van richtlijn 2014/24, waarvan één element de keuze door de aanbestedende dienst is van de ondernemer van wie hij door middel van een overheidsopdracht werken, leveringen of diensten aankoopt waarop deze opdracht ziet.

41 Tot slot zij erop gewezen dat de bijzonderheid van een systeem van afspraken als in het hoofdgeding, als gevolg van het gegeven dat belangstellende ondernemers gedurende de gehele looptijd kunnen blijven toetreden tot dat systeem, dat dus niet is beperkt tot een voorafgaande periode waarin de ondernemingen hun belangstelling moeten laten blijken bij de betrokken openbare instelling, volstaat om dit systeem te onderscheiden van een raamovereenkomst. Overeenkomstig artikel 32, lid 2, tweede alinea, van richtlijn 2004/18 kunnen opdrachten die gebaseerd zijn op een raamovereenkomst immers slechts worden gegund aan ondernemers die oorspronkelijk bij deze raamovereenkomst partij waren.

42 Bijgevolg moet op de eerste vraag worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18 aldus moet worden uitgelegd dat het begrip „overheidsopdracht” in de zin van deze richtlijn niet ziet op een systeem van afspraken als in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling voornemens is goederen op de markt aan te kopen, door tijdens de gehele looptijd van dat systeem overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken goederen te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden, waarbij de openbare instelling geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt en hun toestaat tot dat systeem toe te treden tijdens de gehele looptijd ervan.

Tweede vraag

43 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen onder welke voorwaarden een procedure voor toelating tot een systeem van afspraken als in het hoofdgeding, uit Unierechtelijk oogpunt regelmatig is.

44 Een dergelijke procedure, voor zover het voorwerp ervan een zeker grensoverschrijdend belang heeft, is onderworpen aan de fundamentele regels van het VWEU, in het bijzonder aan de beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling van ondernemers, en aan de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting, die een passende bekendmaking vereist. In dat verband beschikken de lidstaten, in een situatie als in het hoofdgeding, over een zekere beoordelingsmarge bij de vaststelling van maatregelen die moeten waarborgen dat het beginsel van gelijke behandeling en de transparantieverplichting worden nageleefd.

45 De transparantievereiste impliceert evenwel een bekendmaking die aan mogelijk belangstellende ondernemers toestaat naar behoren kennis te nemen van het verloop en de wezenlijke kenmerken van een toelatingsprocedure als die van het hoofdgeding.

46 Het staat aan de verwijzende rechter om te beoordelen of de toelatingsprocedure in het hoofdgeding aan deze vereisten beantwoordt.

47 Op de tweede vraag dient dus te worden geantwoord dat voor zover het voorwerp van een procedure voor toelating tot een systeem van afspraken als in het hoofdgeding een zeker grensoverschrijdend belang vertoont, deze procedure moet worden gevoerd en georganiseerd in overeenstemming met de fundamentele regels van het VWEU, in het bijzonder met de beginselen van non-discriminatie en gelijkheid van behandeling van ondernemers en met de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting.

Kosten

48 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

1) **Artikel 1, lid 2, onder a), van richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten moet aldus worden uitgelegd dat het begrip „overheidsopdracht” in de zin van deze richtlijn niet ziet op een systeem van afspraken als in het hoofdgeding, waarmee een openbare instelling voornemens is goederen op de markt aan te kopen door tijdens de gehele looptijd van dat systeem overeenkomsten te sluiten met iedere ondernemer die zich ertoe verbindt om de betrokken goederen te leveren tegen vooraf vastgestelde voorwaarden, waarbij de openbare instelling geen selectie onder de belangstellende ondernemers maakt en hun toestaat tot dat systeem toe te treden tijdens de gehele looptijd ervan.**

2) **Voor zover het voorwerp van een procedure voor toelating tot een systeem van afspraken als in het hoofdgeding een zeker grensoverschrijdend belang vertoont, moet deze procedure worden gevoerd en georganiseerd in overeenstemming met de fundamentele regels van het VWEU, in het bijzonder met de beginselen van non-discriminatie en gelijkheid van behandeling van ondernemers en met de daaruit voortvloeiende transparantieverplichting.**

ondertekeningen