

Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 08.03.1994 – C-328/92

Generalanwalt Carl Otto Lenz

ECLI:EU:C:1994:88

Keine Entscheidung des Gerichtshofs. Dieses Dokument ist ein unabhängiger Entscheidungsvorschlag an den Gerichtshof. Der Gerichtshof ist daran nicht gebunden und kann anders entscheiden.

Ergebnis: Vorschlag an den Gerichtshof

Als Ergebnis vorstehender Überlegungen schlage ich folgende Entscheidung vor: 1) Das Königreich Spanien hat gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62/EWG verstoßen, indem die gesetzlichen Vorschriften über die Soziale Sicherheit vorsehen, daß die Verwaltung öffentliche Lieferaufträge über Arzneimittelerzeugnisse und Arzneyspezialitäten an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit freihändig vergibt und nahezu alle Lieferaufträge freihändig vergeben wurden, so daß die Bekanntmachung einer Ausschreibung durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unterblieb. 2) Das Königreich Spanien trägt die Kosten des Verfahrens.

Schlußanträge des Generalanwalts

Carl Otto Lenz

vom 8. März 1994

Herr Präsident,

meine Herren Richter!

A — Einführung

1 Mit dem vorliegenden Vertragsverletzungsverfahren begehrt die Kommission die Feststellung durch den Gerichtshof, das Königreich Spanien habe gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge verstoßen, indem es in den gesetzlichen Vorschriften über die Soziale Sicherheit verlange, daß die Verwaltung öffentliche Lieferaufträge über Arzneimittel und Arzneyspezialitäten an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit freihändig vergebe und die Verwaltung der Sozialen Sicherheit praktisch alle Lieferaufträge freihändig vergeben habe. Dadurch sei die nach Artikel 9 der Richtlinie 77/62 vorgeschriebene Veröffentlichung im Amtsblatt der zu vergebenden Lieferaufträge unterblieben.

2 In Spanien ist die öffentliche Auftragsvergabe durch die Ley de Contratos del Estado (Gesetz über die Verträge des Staates; im folgenden: LCE) und das Reglamento General de Contratación del Estado (Allgemeine Verordnung über Vertragsabschlüsse des Staates), eine Durchführungsverordnung, geregelt. Nach der ersten Schlußbestimmung der Dekrete zur Anpassung der LCE und der Durchführungsverordnung an das Gemeinschaftsrecht gelten die Rechtsvorschriften auch für öffentliche Aufträge der Verwaltungsorgane der sozialen Sicherheit.

3 Artikel 2 Nrn. 3 und 8 LCE, die bereits Gegenstand des Urteils in der Rechtssache C-71/92 waren, lauten:

Unbeschadet der Bestimmungen des vorangehenden Artikels gilt dieses Gesetz nicht für folgende öffentliche Aufträge und Rechtshandlungen der Verwaltung:

...

3. Geschäfte, die die Verwaltung mit Privatpersonen in bezug auf Gegenstände oder Rechte tätigt, die einer Handelsbeschränkung [„mediatización“] aufgrund gesetzlicher Vorschriften unterliegen, oder für bewirtschaftete bzw. verbotene Erzeugnisse [„productos intervenidos, estancados o prohibidos“];

...

8. öffentliche Aufträge, für die ein Gesetz eine ausdrückliche Ausnahme vorsieht.

4 Der Kauf von Arzneimitteln und Arzneyspezialitäten durch die Krankenhäuser der sozialen Sicherheit ist durch Artikel 107 der Ley General de la Seguridad Social (Allgemeines Gesetz über die Soziale Sicherheit; im folgenden: LGSS) geregelt. In diesem Artikel, der die Überschrift Kauf und Vertrieb von Arzneimitteln und Arzneyspezialitäten trägt, ist folgendes bestimmt:

...

2. Die Soziale Sicherheit kauft unmittelbar in den Herstellungszentren die Arzneimittel, die in ihren offenen oder geschlossenen Einrichtungen verwendet werden sollen, und wählt zu diesem Zweck nach streng wissenschaftlichen Gesichtspunkten die für die in den genannten Einrichtungen durchgeführte Heilbehandlung erforderlichen Arzneimittel aus ...

3. In jedem Fall erfolgt der Vertrieb der zur Verwendung außerhalb der Einrichtungen im Sinne des vorhergehenden Absatzes bestimmten Arzneimittel durch kraft Gesetzes eingerichtete amtliche Apotheken, die zu diesem Vertrieb verpflichtet sind ...

5 Bis Ende 1990 war eine aufgrund des Artikels 107 Absatz 4 LGSS getroffene Vereinbarung zur Festsetzung der Preise und der übrigen finanziellen Konditionen, die beim Kauf und Vertrieb der bezeichneten Arzneimittel und Arzneyspezialitäten galt, in Kraft, die zwischen der Staatsverwaltung und der nationalen Vereinigung der pharmazeutischen Industrie Farmaindustria geschlossen wurde. Sowohl während der Geltungsdauer der Vereinbarung als auch danach wurden die Lieferaufträge der Einrichtungen der Sozialen Sicherheit bis auf wenige Ausnahmen, in der Regel bei Impfstoffen, nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften bekanntgemacht.

6 Die im vorigen benannten Rechtsvorschriften ebenso wie die auf deren Grundlage geübte Praxis der Vergabe von Lieferaufträgen hält die Kommission für gemeinschaftsrechtswidrig.

7 Die spanische Regierung ist hingegen der Ansicht, die einschlägigen Rechtsvorschriften stünden im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht. Es handele sich bei dem Markt für Arzneimittel und Arzneyspezialitäten um einen ebenfalls in Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht stark reglementierten Markt hinsichtlich der Produktherstellung, Preisbildung und der Beachtung gewerblicher Schutzrechte. Im übrigen stünden weder die Rechtsvorschriften noch die auf deren Grundlage getroffene Vereinbarung der Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Ausschreibungsvorschriften im Wege.

8 Die Kommission beantragt,

1) festzustellen,

daß das Königreich Spanien gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 verstoßen hat, indem

es in den gesetzlichen Vorschriften über die Soziale Sicherheit verlangt, daß die Verwaltung öffentliche Lieferaufträge über Arzneimittelerzeugnisse und Arzneyspezialitäten an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit freihändig vergibt und

praktisch alle diese Lieferungen freihändig vergeben werden, so daß die Bekanntmachung einer Ausschreibung durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unterbleibt;

2) dem Königreich Spanien die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Das Königreich Spanien beantragt,

1) die Klage abzuweisen;

2) der Kommission die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

9 Auf die Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Parteien komme ich im Rahmen der rechtlichen Würdigung zurück.

? — Stellungnahme

1. Abgrenzung des Streitgegenstandes

10 Nach dem Vorbringen der Kommission wurde sie auf die Problematik aufmerksam durch ein Vorabentscheidungsersuchen des Audiencia Territorial de Sevilla. In dem Ausgangsrechtsstreit standen sich Farmaindustria und das Ministerium für Gesundheit der Junta de Andalucía gegenüber wegen einer von dem Ministerium veranlaßten Ausschreibung über den Kauf von Medikamenten, die unter Mißachtung der bereits erwähnten Vereinbarung vorgenommen worden sei.

11 Die Kommission hatte im Rahmen dieses Vorabentscheidungsverfahrens vorgeschlagen, die Fragen des vorlegenden Gerichts in der Weise zu beantworten, daß Artikel 30 EWG-Vertrag und die Richtlinie 77/62 so auszulegen seien, daß sie einer Regelung zur Vergabe öffentlicher Aufträge für Arzneimittellieferungen in der durch die Vereinbarung und die als Rechtsgrundlage dienenden Rechtsvorschriften eingeführten Art entgegenstünden.

12 In dem Vorabentscheidungsverfahren kam es nicht zu einem Urteil, da die Klägerin des Ausgangsverfahrens die Klage zurückzog. Dennoch verfolgte die Kommission das Problem der nach ihrer Einschätzung gemeinschaftsrechtswidrigen Rechtslage weiter.

13 Am 6. Juli 1990 richtete sie ein Aufforderungsschreiben gemäß Artikel 169 EWG-Vertrag an die spanische Regierung. Am 18. März 1991 übersandte sie eine mit Gründen versehene Stellungnahme unter Fristsetzung von einem Monat, um die erforderlichen Abhilfemaßnahmen zu ergreifen, die bis zum 18. Juni 1991 verlängert wurde. Schließlich erhob die Kommission unter dem 27. Juli 1992, beim Gerichtshof am 30. Juli 1992 eingegangen, die vorliegende Vertragsverletzungsklage.

14 Im Rahmen des Vorverfahrens nehmen die Auseinandersetzungen um Rechtsnatur und Rechtsfolgen der streitbefangenen Vereinbarung breiten Raum ein. Selbst im Verfahren vor dem Gerichtshof setzten sich die Unstimmigkeiten über dessen Einordnung fort. Die Vereinbarung lief jedoch am 31. Dezember 1990 aus, also bereits vor Erlaß der begründeten Stellungnahme vom 18. März 1991, und somit zwangsläufig vor Ablauf der dort gesetzten Frist zur Ergreifung von Abhilfemaßnahmen. Die Vereinbarung kann daher nicht Gegenstand des vorliegenden Klageverfahrens sein.

15 Nachdem die Vereinbarung einen wesentlichen Teil des Streitstoffes im Vorverfahren ausmachte, stellt sich die Frage, inwieweit der schon durch das Vorverfahren definierte Streitgegenstand des Vertragsverletzungsverfahrens mit dem der Klageschrift übereinstimmt. Sollte es sich in der Klage um einen — zumindest teilweise — neuen Streitgegenstand handeln, könnte das zur Unzulässigkeit der Klage führen.

16 Wesentliche Elemente des Aufforderungsschreibens waren die in Artikel 107 Absätze 4 und 5 LGSS zu erkennende Rechtsgrundlage der Vereinbarung, die Vereinbarung selbst und deren behauptete Unvereinbarkeit mit der Richtlinie 77/62 und Artikel 30 EWG-Vertrag. Auch in der begründeten Stellungnahme sind diese Elemente anzutreffen. Allerdings werden in der mit Gründen versehenen Stellungnahme auch Artikel 107 Absätze 2 und 3 LGSS beanstandet, die, gemäß der ihnen von der Kommission verliehenen Deutung, die freihändige Vergabe der Lieferaufträge vorschrieben. Auf Seite 9 des Schreibens wird allgemein bemängelt, das System zur Lieferung von Arzneyspezialitäten an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit in Spanien sei in Artikel 107 LGSS vorgesehen, welches in der freihändigen Vergabe der Aufträge bestehe. Welche Vertragsform auch immer von der Sozialen Sicherheit für die Vergabe der Aufträge gewählt werde, so müßten doch die Vorschriften der Richtlinie beachtet werden.

17 Im Antrag der begründeten Stellungnahme schließlich wird der behauptete Vertragsverstoß ebenfalls allgemein formuliert: Das Königreich Spanien habe gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62 und Artikel 30 EWG-Vertrag verstoßen, indem es in der Gesetzgebung über die Soziale Sicherheit fordere, daß die Verwaltung die öffentlichen Lieferaufträge über Arzneyspezialitäten, die für die

Einrichtungen der Sozialen Sicherheit bestimmt seien, freihändig vergebende, und die Verwaltung der Sozialen Sicherheit folglich die Gesamtheit dieser Lieferungen freihändig zugunsten der nationalen Vereinigung der pharmazeutischen Unternehmen vergeben habe unter Vermeidung ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Dieser Antrag deckt sich inhaltlich im wesentlichen mit dem Klageantrag.

18 Die Kommission hat die Vereinbarung auch nicht zum Mittelpunkt ihrer Klage gemacht und im Klageantrag gänzlich davon abgesehen, die Vereinbarung zu erwähnen. In der Klage wurde eine Bezugnahme auf Artikel 30 EWG-Vertrag vermieden, was insoweit unproblematisch ist, als diese Unterlassung eine Beschränkung des Streitgegenstandes darstellt. In der Klageerwiderung weist die Kommission ausdrücklich darauf hin, daß Artikel 30 nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits sei.

19 Im Ergebnis ist der aktuelle Streitgegenstand, der durch die mit Gründen versehene Stellungnahme eingegrenzt und durch die Klageschrift konkretisiert wurde, in der Beanstandung der Rechtslage zur Regelung der Auftragsvergabe über Lieferungen von Arzneimitteln und Arzneyspezialitäten für die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit in Artikel 107 LGSS und der Praxis der freihändigen Vergabe zu sehen.

2. Anwendbarkeit der Richtlinie 77/62

20 Es muß davon ausgegangen werden, daß seit dem 1. Januar 1991, also dem Zeitraum nach Ablauf der streitursächlichen Vereinbarung, die Gesamtheit der öffentlichen Lieferaufträge über Arzneimittel und Arzneyspezialitäten — bis auf wenige Ausnahmen — an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit freihändig vergeben wurden. Eine Veröffentlichung der Lieferaufträge im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften wurde regelmäßig unterlassen. Der von der Kommission beobachtete Zeitraum beträgt mehr als eineinhalb Jahre, und zwar vom 1. Januar 1991 bis Ende Juli 1992, dem Zeitpunkt der Klageerhebung.

21 Öffentliche Lieferaufträge, d. h. entgeltliche schriftliche Verträge über die Lieferung von Waren, die zwischen einem Unternehmen und einem öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Artikels 1 Buchstabe b der Richtlinie geschlossen werden, fallen nur dann in den Anwendungsbereich der Richtlinie 77/62, wenn ihr geschätzter Auftragswert sich auf mindestens 200000 europäische Rechnungseinheiten beläuft. Entsprechend der Richtlinie 88/295, deren Durchführungsfrist für das Königreich Spanien am 1. März 1992 abgelaufen ist, gilt für bestimmte Beschaffungsstellen sogar ein geringerer Wert von 130000 europäischen Rechnungseinheiten.

22 Auch wenn mangels des konkreten Nachweises der einzelnen Aufträge das Auftragsvolumen der Lieferungen über Arzneimittel und Arzneyspezialitäten an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit nur geschätzt werden kann, muß davon ausgegangen werden, daß es sich, angesichts der Verbreitung der Einrichtungen der Sozialen Sicherheit in Spanien, um ein beträchtliches Auftragsvolumen handelt. Da eine Veröffentlichung entsprechend Artikel 9 der Richtlinie 77/62 regelmäßig nicht stattfand, muß im Umkehrschluß davon ausgegangen werden, daß auch Lieferaufträge, deren Auftragswert in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, unter den freihändig vergebenen Aufträgen waren.

23 Bei der Schätzung des Auftragswerts sind außerdem Artikel 5 Absätze 2 und 3 der Richtlinie zu beachten. Bei regelmäßigen Aufträgen oder Daueraufträgen, eine Form der Lieferung, die mit hoher Wahrscheinlichkeit kraft Natur der Sache auch unter den Lieferaufträgen der Einrichtungen der Sozialen Sicherheit vertreten ist, ist gemäß Artikel 5 Absatz 2 der Gesamtauftragswert während des auf die erste Lieferung folgenden Jahres oder während der Laufzeit des Vertrages, soweit diese länger als zwölf Monate ist, zugrunde zu legen. Für gleichartige Lieferungen schreibt Artikel 5 Absatz 3 vor:

Kann der Kauf gleichartiger Lieferungen zu Aufträgen führen, die gleichzeitig in Losen vergeben werden, so ist... der geschätzte Wert aller dieser Lose zugrunde zu legen.

24 Die Lieferaufträge über Arzneimittel und Arzneispezialitäten an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit fallen daher grundsätzlich in den Anwendungsbereich der Richtlinie.

25 Die spanische Regierung hat vorgetragen, bei dem Arzneimittelmarkt handele es sich um einen stark reglementierten Markt, für den Mechanismen der Preisbildung und Preisbindung im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege zulässig, wenn nicht geboten seien. Die spanische Regierung verweist auf die Gemeinschaftsgesetzgebung zur Angleichung der Rechtsund Verwaltungsvorschriften über Arzneispezialitäten. Außerdem beruft sie sich auf die Richtlinie 89/105/EWG betreffend die Transparenz von Maßnahmen zur Regelung der Preisfestsetzung bei Arzneimitteln für den menschlichen Gebrauch und deren Einbeziehung in die staatlichen Krankenversicherungssysteme, deren Ziel es ist, einen Überblick über die einzelstaatlichen Vereinbarungen zur Preisfestsetzung zu erhalten ... Vereinbarungen zur Preisfestsetzung seien daher aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die spanische Rechtslage sei in Einklang mit all diesen Gemeinschaftsrechtsakten.

26 Mit dieser Argumentation möchte die beklagte Regierung offenbar die Unanwendbarkeit der Richtlinie 77/62 begründen.

27 Vorschriften zur Produktregelung, Markttransparenz und Preisfestsetzung haben einen anderen Gegenstand als die Regelung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge. Selbst wenn alle diese Vorschriften im weitesten Sinne den freien Warenverkehr fördern sollen, bedeutet das nicht, daß die Beachtung der einen der Befolgung der anderen enthebt. Regelungsziel und Regelungsadressaten sind unterschiedlich. Gerade weil die verschiedenen Regelungen letztlich demselben Ziel dienen, schließen sie sich nicht gegenseitig aus.

28 Regelungen des Produktmarkts können folglich die Verfahrensvorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge nicht außer Kraft setzen. Nur um die Beachtung der letzteren geht es aber im vorliegenden Verfahren. Die Bekanntmachungspflichten der Richtlinie 77/62 sind daher auch für den Arzneimittelsektor zu beachten, sofern keine Ausnahmen eingreifen.

3. Ausnahmen von der Richtlinie 77/62

29 Bei der Prüfung möglicher Ausnahmen ist grundsätzlich davon auszugehen, daß sie nur in dem durch die Richtlinie eröffneten Rahmen möglich sind, da sonst der Zweck der Richtlinie, eine Koordinierung der Vergabeverfahren durch die Einführung gleicher Bedingungen für die Beteiligung und die Schaffung von Transparenz, gefährdet würde.

30 Der neunte Erwägungsgrund der Richtlinie 77/62 lautet:

Es müssen Ausnahmefälle vorgesehen werden, in denen die Maßnahmen zur Koordinierung der Verfahren nicht unbedingt anzuwenden sind; diese Fälle sind jedoch ausdrücklich zu beschränken.

31 Es ist folglich zu prüfen, ob die freihändige Vergabe von Lieferaufträgen über Arzneimittel von den Ausnahmegesetzen der Richtlinie gedeckt ist.

32 In Artikel 2 Absatz 2 der Richtlinie 77/62 werden bestimmte Auftraggeber von der Richtlinie ausgenommen. Es handelt sich dabei um Verkehrsträger, Versorgungsbetriebe für Wasser und Energie sowie im Fernmeldewesen tätige Einrichtungen. Nach Artikel 2 Absatz 2 Buchstabe c der Richtlinie 77/62 in der Fassung der Richtlinie 88/295 wird überdies eine sachliche Ausnahme gemacht für näher beschriebene geheime und sicherheitsrelevante Lieferungen. Die Ausnahmen des Artikels 2 der Richtlinie sind im vorliegenden Fall sicher nicht einschlägig. Ebensowenig ist Artikel 3 einschlägig, der öffentliche Aufträge von der Richtlinie ausnimmt, für die andere Verfahrensregeln gelten und die aufgrund internationaler Abkommen bzw. besonderer Verfahren einer internationalen Organisation vergeben werden.

33 Artikel 6 der Richtlinie 77/62 enthält eine Aufzählung von Umständen, bei deren Vorliegen jeweils der öffentliche Auftraggeber davon absehen kann, den Auftrag im Wege eines offenen Verfahrens bzw. eines

nicht offenen Verfahrens zu vergeben. Unter den genau bezeichneten Umständen ist daher auch eine freihändige Auftragsvergabe zulässig, was zur Folge hat, daß die Veröffentlichung der Ausschreibung gemäß Artikel 9 Absatz 1 der Richtlinie entbehrlich ist.

34 Die spanische Regierung vertritt den Standpunkt, sowohl Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b als auch Buchstabe d seien einschlägig. Gemäß Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b können Lieferaufträge freihändig vergeben werden, wenn der Gegenstand der Lieferung wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder auf Grund des Schutzes des Ausschließlichkeitsrechts nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden kann.

35 Die spanische Regierung vertritt die Ansicht, daß im Arzneimittelsektor häufig Ausschließlichkeitsrechte zu beachten seien, was eine Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen Herstellern von vornherein ausschliesse. Die Verordnungsfreiheit der Ärzte, die im übrigen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht stünde, bedinge die Beschaffung bestimmter Arzneimittel bei den Herstellern, die Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts seien.

36 Es soll nicht bestritten werden, daß auf dem Arzneimittelmarkt Ausschließlichkeitsrechte anzutreffen, wenn nicht gar verbreitet sind. Dennoch kann der Schutz von Ausschließlichkeitsrechten, wie eingetragene Warenzeichen oder Vertriebslizenzen, nur dann die freihändige Auftragsvergabe rechtfertigen, wenn das Produkt nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden kann. Der Schutz von Ausschließlichkeitsrechten auf dem Medikamentenmarkt geht keineswegs so weit, daß nahezu alle Produkte konkurrenzlos wären. Diesen Eindruck vermittelt zwar das Vorbringen der spanischen Regierung, wenn sie das generelle Absehen von der Bekanntmachung der öffentlichen Lieferaufträge im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften mit dem Schutz von Ausschließlichkeitsrechten zu rechtfertigen versucht. Dieser Vortrag entspricht nicht den tatsächlichen Gegebenheiten, denn der Arzneimittelmarkt ist durchaus ein Markt, auf dem Wettbewerb vorhanden ist.

37 Das Ausmaß der wegen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur bei einem Hersteller zu beziehenden Medikamente im Verhältnis zu dem gesamten Bedarf der Einrichtungen der Sozialen Sicherheit kann hier mangels konkreter Angaben nicht bestimmt werden. Sicher ist jedoch, daß es sich nicht um alle Arzneimittel und Arzneyspezialitäten handeln kann und daß es Sache des Mitgliedstaats ist, der sich auf die Ausnahmenvorschrift beruft, den Vortrag zu substantiieren.

38 Im Ergebnis kann Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe b allenfalls für einen vom Mitgliedstaat näher zu bezeichnenden Teil der Lieferaufträge über Arzneimittel in Anspruch genommen werden.

39 Was nun die Berufung auf die Verschreibungsfreiheit anbelangt, so soll diese keineswegs in Frage gestellt werden. Allerdings ist der Grundsatz der Verschreibungsfreiheit, wie die Kommission zu Recht argumentiert hat, losgelöst von der generellen Bedarfsdeckung der Apotheke eines Krankenhauses zu sehen. Sollte in Einzelfällen ein Medikament verordnet werden, das nicht vorrätig ist, liegt regelmäßig ein dringlicher Grund im Sinne des Artikels 6 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie vor.

40 Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d der Richtlinie erlaubt die freihändige Auftragsvergabe soweit es unbedingt erforderlich ist, wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Fristen einzuhalten, die nach den in Artikel 4 Absätze 1 und 2 vorgesehenen Verfahren vorgeschrieben sind.

41 Sämtliche Voraussetzungen der Vorschrift müssen kumulativ vorliegen, um eine Ausnahme zu rechtfertigen. Dies hat der Gerichtshof hinsichtlich der entsprechenden Vorschrift in der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge entschieden.

42 In den Fällen, in denen einer ärztlichen Verordnung nicht unmittelbar entsprochen werden kann, weil das verschriebene Arzneimittel in der betreffenden Apotheke nicht vorrätig ist, kann sich der öffentliche Auftraggeber zweifellos auf Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d berufen. Bei derartigen Einzelbestellungen wird der Lieferauftrag regelmäßig ohnehin wegen des relativ geringen Auftragswerts nicht in den

Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe d kann somit in der Regel auch nicht zur Rechtfertigung der von der Kommission beanstandeten Vorgehensweise bei der Vergabe der öffentlichen Lieferaufträge über Arzneimittel dienen.

4. Die Rechtslage in Spanien hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge über Arzneimittel und Arzneispezialitäten durch die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit

43 Die Rechtsgrundlage für die Mißachtung der Bekanntmachungspflicht gemäß der Richtlinie 77/62 ist in Artikel 107 LGSS in Verbindung mit Artikel 2 Nrn. 3 und 8 LCE und den entsprechenden Vorschriften der Durchführungsverordnung zu sehen. Artikel 2 Nr. 3 LCE, des allgemeinen Gesetzes über die Auftragsvergabe des Staates, nimmt Geschäfte über Gegenstände oder Rechte, die einer Handelsbeschränkung unterliegen, oder über bewirtschaftete bzw. verbotene Erzeugnisse von dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausdrücklich aus. Artikel 2 Nr. 8 ist demgegenüber eine Verweisungsnorm für weitere Ausnahmen von den allgemeinen Vorschriften kraft gesetzlicher Regelung. Artikel 107 LGSS füllt die Abweichungsmöglichkeit für Lieferaufträge der Sozialen Sicherheit aus.

44 Artikel 2 Nrn. 3 und 8 LCE sowie Artikel 2 Nrn. 3 und 8 der entsprechenden Durchführungsverordnung waren bereits Gegenstand der Rechtssache C-71/92. In dem Urteil vom 17. November 1993 hat der Gerichtshof entschieden, daß das Königreich Spanien durch die Aufrechterhaltung dieser Vorschriften gegen seine Verpflichtungen aus der streitgegenständlichen Richtlinie 77/62 ebenso wie der Richtlinie 71/305 verstoßen habe. In der Begründung verweist der Gerichtshof darauf, daß Artikel 2 Absatz 2 und Artikel 3 der Richtlinie 77/62, die die von der Richtlinie ausgeschlossenen öffentlichen Lieferaufträge aufzählen, die Ausnahmen nicht im Hinblick auf die Rechtsnatur der Produkte definieren, wie es die spanische Regelung vorsehe.

45 Die Technik, produktbezogene Ausnahmen sowie Ausnahmen durch gesetzliche Verweisung vorzusehen, steht im Widerspruch zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben in der Richtlinie 77/62. Soweit Artikel 2 Nrn. 3 und 8 LCE gemeinschaftsrechtswidrig sind, müßte es auch Artikel 107 LGSS als eine Ausfüllung der gesetzlichen Verweisung in Artikel 2 Nr. 8 sein.

46 Die spanische Regierung verteidigt sich zwar damit, daß diese Vorschrift die Anwendung der Richtlinie 77/62 nicht ausschlosse. Bereits im Rahmen ihres Vortrags in der Rechtssache C-71/92 hat sie jedoch eingeräumt, daß die Grundvorschriften über das öffentliche Auftragswesen den Markt für Medikamente von ihrer Anwendung ausnähmen.

47 Es braucht letztlich nicht geklärt zu werden, ob die mitgliedstaatlichen Rechtsnormen die allgemeinen Ausschreibungsvorschriften und damit einhergehend die Richtlinie 77/62 verbindlich ausschließen oder ob sie nur die Möglichkeit zu einer abweichenden Vorgehensweise jenseits der Ausnahmen von der Richtlinie 77/62 bieten, denn sämtliche nicht von der Richtlinie gedeckten Ausnahmen, auch die fakultativer Natur, sind mit der Richtlinie unvereinbar.

48 Artikel 107 Nr. 2 LGSS, in dem es heißt, die Soziale Sicherheit kauft unmittelbar in den Herstellungszentren die Arzneimittel, die in ihren offenen oder geschlossenen Einrichtungen verwendet werden sollen ..., ist gemeinschaftsrechtswidrig, auch wenn dadurch keine Verpflichtung, sondern nur die bloße Möglichkeit einer freihändigen Auftragsvergabe geschaffen wurde.

Kosten

49 Gemäß Artikel 69 § 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes wird die unterliegende Partei auf Antrag zur Tragung der Kosten verurteilt.

C — Schlußantrag

50 Als Ergebnis vorstehender Überlegungen schlage ich folgende Entscheidung vor:

1) Das Königreich Spanien hat gegen seine Verpflichtungen aus der Richtlinie 77/62/EWG verstoßen, indem

die gesetzlichen Vorschriften über die Soziale Sicherheit vorsehen, daß die Verwaltung öffentliche Lieferaufträge über Arzneimittelerzeugnisse und Arzneyspezialitäten an die Einrichtungen der Sozialen Sicherheit freihändig vergibt und

nahezu alle Lieferaufträge freihändig vergeben wurden, so daß die Bekanntmachung einer Ausschreibung durch Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unterblieb.

2) Das Königreich Spanien trägt die Kosten des Verfahrens.

Zitiervorschlag: Europäischer Gerichtshof, Schlussanträge des Generalanwalts vom 08.03.1994 – C-328/92, ECLI:EU:C:1994:88

Quelle: curia.europa.eu, abgerufen 27.07.2026

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Fassung in der Originalsprache (CURIA: <https://curia.europa.eu>)

Provided by nu:legal (<https://recht.nulegal.eu>), the leading open legal database: AI-first, expanding daily, German and European law and case law in full text, free, with an open API for AI agents. Text and data mining expressly permitted.

Herausgeber: Nulegal GmbH, Potsdam.

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/eugh/1994-03-08/c-328-92>