URTEIL DES GERICHTSHOFS (Vierte Kammer)

6. Mai 2010*

In den verbundenen Rechtssachen C-145/08 und C-149/08

betreffend zwei Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Symvoulio tis Epikrateias (Griechenland) mit Entscheidungen vom 15. Februar 2008, beim Gerichtshof eingegangen am 9. April 2008, in den Verfahren

Club Hotel Loutraki AE,

Athinaïki Techniki AE,

Evangelos Marinakis

gegen

Ethniko Symvoulio Radiotileorasis,

* Verfahrenssprache: Griechisch.

Ypourgos Epikrateias,

Beteiligte:

Athens Resort Casino AE Symmetochon,

Ellaktor AE, vormals Elliniki Technodomiki TEB AE**,**

Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, vormals Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE**,**

Leonidas Bombolas (C-145/08)

und

Aktor Anonymi Techniki Etaireia (Aktor ATE)

gegen

Ethnico Symvoulio Radiotileorasis,

Beteiligte:

Michaniki AE (C-149/08),

erlässt

DER GERICHTSHOF (Vierte Kammer)

unter Mitwirkung des Präsidenten der Dritten Kammer K. Lenaerts in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Vierten Kammer, der Richterin R. Silva de Lapuerta sowie der Richter E. Juhász (Berichterstatter), G. Arestis und J. Malenovský,

Generalanwältin: E. Sharpston,
Kanzler: L. Hewlett, Hauptverwaltungsrätin,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 11. Juni 2009,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

— der Club Hotel Loutraki AE, vertreten durch I. K. Theodoropoulos und S. A. Pappas, dikigoroi,

— der Athens Resort Casino AE Symmetochon und Regency Entertainment Psychagogiki kai Touristiki AE, vormals Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE, vertreten durch P. Spyropoulos, K. Spyropoulos und I. Dryllerakis, dikigoroi,

— der Ellaktor AE, vormals Elliniki Technodomiki TEB AE, vertreten durch V. Niatsou, dikigoros,

— der Aktor ATE, vertreten durch K. Giannakopoulos, dikigoros,

— der griechischen Regierung, vertreten durch A. Samoni-Rantou, E.—M. Mamouna, N. Marioli und I. Dionysopoulos als Bevollmächtigte,

— der Europäischen Kommission, vertreten durch M. Patakia und D. Kukovec als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 29. Oktober 2009

folgendes

Urteil

1 Die Vorabentscheidungsersuchen betreffen die Auslegung der im Hinblick auf die Umstände der Ausgangsverfahren einschlägigen Bestimmungen der Richtlinien 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50 geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665) sowie der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens, insbesondere des Grundsatzes des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes.

2 Diese Ersuchen ergehen im Rahmen von Rechtsstreitigkeiten zwischen Privatunternehmen und natürlichen Personen einerseits und dem Ethniko Symvoulio Radiotileorasis (Nationaler Rundfunk- und Fernsehrat, im Folgenden: ESR), einer Behörde, die nach einer nationalen Regelung zu der Überprüfung befugt und verpflichtet ist, ob Personen, die Eigentümer, Gesellschafter, Hauptaktionär, Mitglied eines Verwaltungsorgans oder Führungskraft eines Unternehmens sind, das sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beteiligt, wegen bestimmter in dieser Regelung aufgeführter Unvereinbarkeiten ohne Weiteres vom Verfahren auszuschließen sind.

Rechtlicher Rahmen

Unionsrecht

3 Nach Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 92/50

„gelten als ‚öffentliche Dienstleistungsaufträge' die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge, …

…"

4 Art. 2 dieser Richtlinie bestimmt:

„Bezieht sich ein öffentlicher Auftrag gleichzeitig auf Erzeugnisse im Sinne der Richtlinie 77/62/EWG [des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge (ABl. 1977, L 13, S. 1)] und Dienstleistungen gemäß den Anhängen IA und IB dieser Richtlinie, so fällt er unter diese Richtlinie, wenn der Wert der betreffenden Dienstleistungen denjenigen der in den Auftrag einbezogenen Erzeugnisse übersteigt."

5 Art. 3 der Richtlinie sieht vor:

„(1) Die Auftraggeber wenden bei der Vergabe ihrer öffentlichen Dienstleistungsaufträge und bei der Durchführung von Wettbewerben Verfahren an, die den Bestimmungen dieser Richtlinie angepasst sind.

(2) Die Auftraggeber sorgen dafür, dass keine Diskriminierung von Dienstleistungserbringern stattfindet.

…“

6 Art. 8 der Richtlinie 92/50 lautet:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IA sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben.“

7 Art. 9 dieser Richtlinie bestimmt:

„Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs IB sind, werden gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben.“

8 Art. 14 gehört zu Abschnitt IV dieser Richtlinie, der gemeinsame technische Vorschriften enthält und technische Spezifikationen vorsieht, die in den allgemeinen Unterlagen oder in den Vertragsunterlagen für jeden einzelnen Auftrag enthalten sein müssen; Art. 16 gehört zu Abschnitt V, der gemeinsame Bekanntmachungsvorschriften enthält.

9 In Anhang IB („Dienstleistungen im Sinne von Artikel 9“) der Richtlinie 92/50 heißt es:

„…

17 Gaststätten und Beherbergungsgewerbe

…

26 Erholung, Kultur und Sport

27 Sonstige Dienstleistungen“.

10 Schließlich sieht Art. 26 Abs. 1 der Richtlinie vor:

„Bietergemeinschaften können Angebote einreichen. Von solchen Bietern kann nicht verlangt werden, dass sie zwecks Einreichung des Angebots eine bestimmte Rechtsform annehmen; dies kann jedoch verlangt werden, wenn ihnen der Auftrag erteilt worden ist."

11 Art. 1 der Richtlinie 89/665 bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG [des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5)], [77/62] und [92/50] fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und den übrigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen Schaden geltend machen könnten.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen

Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss."

12 Art. 2 dieser Richtlinie sieht vor:

„(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden,

a) damit so schnell wie möglich im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören Maßnahmen, um das Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen oder Maßnahmen der Durchführung jeder sonstigen Entscheidung der öffentlichen Auftraggeber;

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann.

…

(5) Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass bei Schadensersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese zunächst von einer mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Instanz aufgehoben worden sein muss.

(6) Die Wirkungen der Ausübung der in Absatz 1 genannten Befugnisse auf den nach Zuschlagserteilung des Auftrags geschlossenen Vertrag richten sich nach dem einzelstaatlichen Recht.

Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadensersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz darauf beschränkt werden, einer durch einen Rechtsverstoß geschädigten Person Schadensersatz zuzuerkennen.

…“

Nationales Recht

13 Die Richtlinie 89/665 wurde mit dem Gesetz 2522/1997 über den Rechtsschutz in der der Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vorausgehenden Phase (FEK A’ 178) in griechisches Recht umgesetzt.

14 Art. 2 („Umfang des Rechtsschutzes“) dieses Gesetzes bestimmt:

„Jeder Betroffene, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag hat oder hatte und dem durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht oder das innerstaatliche Recht ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, ist berechtigt, nach den folgenden Artikeln bei Gericht einstweiligen Rechtsschutz, die Aufhebung oder Nichtigerklärung der rechtswidrigen Handlung des öffentlichen Auftraggebers und die Zuerkennung von Schadensersatz zu beantragen.

…“

15 Art. 4 („Aufhebung oder Nichtigerklärung“) dieses Gesetzes sieht vor:

„(1) Der Betroffene ist berechtigt, die Aufhebung oder Nichtigerklärung jeder Handlung oder Unterlassung des öffentlichen Auftraggebers zu beantragen, die gegen eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts oder des innerstaatlichen Rechts über das dem Abschluss des Vertrags vorangehende Verfahren verstößt. …

(2) Die Aufhebung oder Nichtigerklärung der Handlung oder Unterlassung des öffentlichen Auftraggebers nach Abschluss des betreffenden Vertrags durch das Gericht berührt den Vertrag nicht, es sei denn, das Verfahren zur Vergabe des Auftrags ist vor dem Vertragsschluss durch eine Entscheidung mit einstweiligen Maßnahmen oder eine einstweilige Verfügung ausgesetzt worden. In diesem Fall ist der Betroffene berechtigt, nach dem folgenden Artikel Schadensersatz zu verlangen.“

16 Art. 5 („Anspruch auf Schadensersatz“) des Gesetzes 2522/1997 sieht vor:

„(1) Ein Betroffener, der unter Verstoß gegen eine Vorschrift des Gemeinschaftsrechts oder des innerstaatlichen Rechts von der Beteiligung an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrags oder dessen Vergabe ausgeschlossen worden ist, kann vom öffentlichen Auftraggeber gemäß den Art. 197 und 198 des Zivilgesetzbuchs Schadensersatz verlangen. Bestimmungen, die diesen Anspruch ausschließen oder beschränken, sind unanwendbar.

(2) Die Zuerkennung von Schadensersatz setzt voraus, dass das zuständige Gericht die rechtswidrige Handlung oder Unterlassung zuvor aufhebt oder für nichtig erklärt. Die Schadensersatzklage kann nach den allgemein geltenden Vorschriften zusammen mit der Klage erhoben werden.“

17 Art. 197 und 198 des Zivilgesetzbuchs, auf die die vorstehende Bestimmung verweist, sehen eine Haftung für „Vertragsverhandlungen“ vor, d. h. die Pflicht, Schadensersatz zu leisten, wenn den Betroffenen im Rahmen von Verhandlungen im Hinblick auf den Abschluss eines Vertrags ungerechtfertigte Kosten entstehen.

18 Mit dem Präsidentialdekret 18/1989 (FEK A’ 8) sind die Gesetze zum Symvoulio tis Epikrateias kodifiziert worden. Art. 47 („Berechtigtes Interesse“) sieht vor:

„(1) Schadensersatzklage kann eine natürliche oder juristische Person erheben, die von einem Verwaltungsakt betroffen ist oder deren berechtigte Interessen, auch nicht finanzieller Art, durch diesen Akt berührt sind.

…“

19 Das Gesetz 2206/1994 über Errichtung, Organisation, Betrieb, Kontrolle von Kasinos usw. (FEK A’ 62) bestimmt in Art. 1 Abs. 7 („Erteilung von Lizenzen für den Betrieb von Kasinos“):

„Lizenzen für den Betrieb von Kasinounternehmen werden durch Entscheidung des Ministers für Tourismus im Anschluss an ein von einem aus sieben Mitgliedern zusammengesetzten Ausschuss durchgeführtes öffentliches internationales Ausschreibungsverfahren erteilt.“

20 Art. 3 („Betrieb von Kasinos“) dieses Gesetzes sieht vor:

„Der Betrieb von Kasinos unterliegt der staatlichen Aufsicht.

…“

21 Durch Art. 14 Abs. 9 der griechischen Verfassung und das Durchführungsgesetz 3021/2002 (FEK A’ 143) ist eine Regelung eingeführt worden, die den Abschluss von

öffentlichen Verträgen mit Personen beschränkt, die im Sektor der Informationsmedien tätig sind oder Beteiligungen halten. Diese Regelung stellt eine Vermutung auf, dass die Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines im Sektor der Informationsmedien tätigen Unternehmens mit der Eigenschaft eines Eigentümers, eines Gesellschafters, eines Hauptaktionärs oder einer Führungskraft eines Unternehmens, das gegenüber dem Staat oder einer juristischen Person des öffentlichen Sektors im weiteren Sinne mit der Ausführung von Bauarbeiten oder Lieferungen oder Dienstleistungen betraut ist, unvereinbar ist. Diese Unvereinbarkeit erstreckt sich auch auf natürliche Personen, die in einem gewissen Verwandtschaftsverhältnis zueinander stehen.

22 Das Gesetz 3021/2002 sieht unter Androhung der Nichtigkeit des öffentlichen Vertrags oder Auftrags vor, dass der betroffene öffentliche Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung bzw. der Auftragsvergabe beim ESR die Ausstellung einer Bescheinigung beantragen muss, mit der bestätigt wird, dass die in diesem Gesetz genannten Voraussetzungen für das Vorliegen einer Unvereinbarkeit nicht erfüllt sind. Die Entscheidung des ESR ist für den öffentliche Auftraggeber bindend, kann aber von Personen, die ein Rechtsschutzinteresse haben, einschließlich den Behörden, angefochten werden.

23 In seinem Urteil vom 16. Dezember 2008 (C-213/07, Michaniki, Slg. 2008, I-9999, Nrn. 1 und 2 des Tenors), hat der Gerichtshof entschieden, dass das Unionsrecht zwar nicht einer solchen Regelung, mit der legitime Ziele der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz im Rahmen der Vergabeverfahren verfolgt werden, entgegensteht, dass es aber unter dem Blickwinkel des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit die Einführung einer unwiderlegbaren Vermutung, wie sie in der fraglichen nationalen Regelung vorgesehen ist, verbietet.

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

Rechtssache C-145/08

24 Der Vorlageentscheidung zufolge beschloss der zuständige interministerielle Ausschuss mit Entscheidung vom 10. Oktober 2001 die Privatisierung des im Alleinbesitz des griechischen Staates befindlichen Kasinounternehmens Elliniko Kazino Parnithas AE (im Folgenden: EKP), einer Tochtergesellschaft der Ellinika Touristika Akinita AE (im Folgenden: ETA). Die im Oktober 2001 veröffentlichte Ausschreibungsbekanntmachung sah eine erste Phase vor, in der diejenigen Bieter ausgewählt werden sollten, die die aufgestellten Voraussetzungen erfüllen. In einem zweiten Schritt sollte der erfolgreiche Bieter ausgewählt werden, mit dem der Vertrag geschlossen werden sollte. In der ersten Phase wurden die Bietergemeinschaft Koinopraxia Kazino Attikis und die Bietergemeinschaft Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE ausgewählt.

25 Mit einer im April 2002 veröffentlichten ergänzenden Ausschreibungsbekanntmachung wurden die Vertragsbedingungen wie folgt festgelegt:

Bei dem Vertrag handelt es sich um einen gemischten Vertrag, der Folgendes umfasst:

— eine Vereinbarung, nach der ETA 49 % der EKP-Aktien an eine vom erfolgreichen Bieter zu gründende „Aktiengesellschaft mit einem ausschließlichen Ziel“ (im Folgenden: AEAS) verkauft;

— eine Vereinbarung, nach der sich die AEAS verpflichtet, einen Entwicklungsplan aufzustellen, der innerhalb von 750 Kalendertagen nach Erteilung der erforderlichen Genehmigungen durchgeführt werden muss. Dieser Entwicklungsplan umfasst die Modernisierung der Räumlichkeiten des Kasinos und die Aufwertung der nach der Betriebslizenz bestehenden Möglichkeiten, die Modernisierung und Aufwertung zweier angrenzender Hotelanlagen sowie die Erschließung des umliegenden Geländes von ungefähr 280 Hektar. Die Durchführung dieser Arbeiten stellt einen Teil des für den Erwerb von 49 % der EKP-Aktien zu entrichtenden Preises dar;

— eine Vereinbarung zwischen ETA und der AEAS, nach der Letztere das Recht zur Bestellung der Mehrheit der Vorstandsmitglieder von EKP und damit zur Verwaltung der Gesellschaft nach Maßgabe der Vertragsbedingungen erwirbt;

— eine Vereinbarung, nach der die AEAS den Betrieb des Kasinos gegen eine von ETA gezahlte Vergütung übernimmt. Diese Vergütung besteht in einem Betrag, der einen gestaffelten Prozentsatz der jährlichen Betriebsgewinne (von 20 % der Gewinne bis zu 30 000 000 Euro abnehmend auf 5 % der Gewinne über 90 000 000 Euro) und 2 % des Umsatzes nicht übersteigt;

— als Betreiberin hat die AEAS das Kasino so zu führen, dass ein luxuriöses Umfeld erhalten bleibt, das hochwertige Dienstleistungen anbietet und für EKP finanziell gewinnbringend ist. Im Einzelnen muss die Betriebsführung in den ersten fünf Jahren einen jährlichen Gewinn vor Steuern von mindestens 105 000 000 Euro abwerfen. Der Nettogewinn wird zwischen ETA und der AEAS entsprechend dem von ihnen jeweils gehaltenen Anteil am Kapital von EKP aufgeteilt;

— da EKP das einzige Kasinounternehmen ist, das derzeit im Bezirk Attika tätig ist, sieht der Vertrag für den Fall, dass in den zehn Jahren ab Inkrafttreten des Vertrags ein anderes Kasino in diesem Bezirk rechtmäßig eröffnet werden sollte, vor, dass ETA der AEAS eine Entschädigung in Höhe von 70 % des Transaktionspreises zu leisten hat. Der Entschädigungsbetrag wird mit jedem Jahr ab Inkrafttreten des Vertrags um ein Zehntel gekürzt;

— bezüglich der Führung des Kasinobetriebs läuft der Vertrag zehn Jahre nach seinem Inkrafttreten aus.

26 Da die Bietergemeinschaft Hyatt Regency Xenodocheiaki kai Touristiki (Ellas) AE — Elliniki Technodomiki AE im fraglichen Verfahren die Meistbietende war, wurde sie als Zuschlagsempfängerin bestimmt. Vor der Unterzeichnung des Vertrags teilte ETA dem ESR die Namen der Eigentümer, Gesellschafter, Hauptaktionäre und Führungskräfte der Zuschlagsempfängerin mit, um bescheinigen zu lassen, dass in deren Person kein Fall der Unvereinbarkeit im Sinne von Art. 3 des Gesetzes Nr. 3021/2002 vorliegt. Mit Bescheinigung vom 27. September 2002 bestätigte der ESR, dass bei keiner der genannten Personen ein solcher Fall vorlag.

27 Diese Feststellung des ESR wurde mit einer Klage angefochten, die von nur drei der sieben Mitglieder der erfolglos gebliebenen Bietergemeinschaft Koinopraxia Kazino Attikis erhoben wurde. Die Kläger machten geltend, dass bei einem Mitglied der erfolgreichen Bietergemeinschaft einer der Unvereinbarkeitsfälle nach den nationalen Rechtsvorschriften vorliege und die Zuschlagserteilung daher für nichtig zu erklären sei.

28 Das vorlegende Gericht führt aus, dass es sich bei dem fraglichen Auftrag um einen gemischten Auftrag handele, dessen einer Teil den Aktienverkauf von ETA an den Meistbietenden betreffe und als solcher nicht dem Vergaberecht der Union unterliege und dessen anderer Teil einen Dienstleistungsauftrag für diesen Meistbietenden

betreffe, der auch die Verpflichtungen der Führung des Kasinobetriebs übernehme. Der den Aktienverkauf betreffende Teil sei der bedeutendere Teil dieses gemischten Vertrags. Darüber hinaus umfasse der Vertrag auch einen Teil, der einen Bauauftrag betreffe, da der Zuschlagsempfänger die Verpflichtung übernehme, die in der Vorlageentscheidung genannten Bauarbeiten durchzuführen, womit die veräußerten Aktien teilweise bezahlt würden. Dieser letzte Teil sei jedoch im Verhältnis zum Dienstleistungsteil von völlig untergeordneter Bedeutung.

29 In diesem Zusammenhang stellt sich dem vorlegenden Gericht die Frage, ob der Dienstleistungsteil des Vertrags als ein Auftrag über eine öffentliche Dienstleistungskonzession angesehen werden könne, der nicht dem Unionsrecht unterliege. Insoweit sei zu prüfen, inwieweit die Zuschlagsempfängerin die mit der Organisation und dem Betrieb der fraglichen Dienstleistungen verbundenen Risiken trage, und zwar auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass diese Dienstleistungen Tätigkeiten beträfen, die nach den für sie geltenden nationalen Rechtsvorschriften Gegenstand ausschließlicher und spezieller Rechte sein könnten.

30 Sollte der Gerichtshof entscheiden, dass der Teil des streitigen Vertrags, der die Führung des Kasinobetriebs betreffe, ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag sei, stelle sich die Frage, ob die auf nationaler Ebene erhobene Aufhebungsklage von den Verfahrensgarantien der Richtlinie 89/665 erfasst werde, da der Hauptgegenstand des Vertrags, nämlich der Verkauf der EKP-Aktien, nicht unter die Gemeinschaftsvorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens falle und Aufträge, die solche, unter Anhang IB der Richtlinie 92/50 fallende Dienstleistungen zum Gegenstand hätten, nach den Art. 14 und 16 dieser Richtlinie zu vergeben seien, die lediglich das Verfahren betreffende Pflichten enthielten. Allerdings sei trotz dieser Begrenztheit der Verpflichtungen fraglich, ob der Grundsatz der Gleichbehandlung der Teilnehmer an einer Ausschreibung, deren Wahrung die Richtlinie 89/665 auch bezwecke, nicht auch in solchen Fällen gelte.

31 Sollte der Gerichtshof die Auffassung vertreten, dass eine Aufhebungsklage wie die des Ausgangsverfahrens in den Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665 falle, stelle sich die Frage, ob das Unionsrecht einer nationalen Verfahrensvorschrift wie Art. 47 Abs. 1 des Präsidialdekrets 18/1989 in der Auslegung durch das vorlegende Gericht

entgegenstehe, nach der diejenigen, die sich als Bietergemeinschaft an einem Ausschreibungsverfahren beteiligten, im Rahmen dieses Verfahrens ergangene Entscheidungen nur alle zusammen und gemeinsam anfechten könnten und andernfalls die Klage als unzulässig abgewiesen werde.

32 Das vorlegende Gericht bezieht sich in diesem Zusammenhang auf das Urteil des Gerichtshofs vom 8. September 2005, Espace Trianon und Sofibail (C-129/04, Slg. 2005, I-7805, Randnr. 22), wonach eine nationale Verfahrensvorschrift, nach der eine Klage auf Aufhebung der Entscheidung der Vergabebehörde über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags von der Gesamtheit der Mitglieder, aus denen sich eine als Bieter auftretende Gelegenheitsgesellschaft zusammensetze, eingereicht werden müsse, die Verfügbarkeit eines solchen Verfahrens nicht in einer Weise einschränke, die im Widerspruch zu Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 stünde.

33 Das vorlegende Gericht fragt sich allerdings, ob diese Feststellung, die in diesem Urteil eine Klage auf Aufhebung der Entscheidung einer Vergabebehörde über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags betroffen habe, für alle Arten des durch die Richtlinie gewährten Rechtsschutzes gelte, insbesondere auch für die Geltendmachung von Schadensersatz. Diese Frage stehe im Zusammenhang damit, dass im vorliegenden Fall der nationale Gesetzgeber in Ausübung der den Mitgliedstaaten durch Art. 2 Abs. 5 der Richtlinie 89/665 eingeräumten Befugnis die Gewährung von Schadensersatz durch Erlass von Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes 2522/1997 von der vorherigen Aufhebung der vorgeblich rechtswidrigen Entscheidung abhängig gemacht habe.

34 Die Kombination dieser Bestimmung mit der Verfahrensvorschrift des Art. 47 Abs. 1 des Präsidialdekrets 18/1989 in der Auslegung des vorlegenden Gerichts führe dazu, dass es den einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft, die sich erfolglos an einem Ausschreibungsverfahren beteiligt habe, nicht nur unmöglich sei, die Aufhebung der ihre Interessen verletzenden Entscheidung zu erlangen, sondern auch, sich wegen Ersatzes ihres individuellen Schadens an das zuständige Gericht zu wenden. Im vorliegenden Fall sei das für die Aufhebungsklage zuständige Gericht der Symvoulio tis Epikrateias (Staatsrat), während für den Schadensersatz ein anderes Gericht zuständig sei.

35 In diesem Zusammenhang führt das vorlegende Gericht aus, dass die Möglichkeit jedes einzelnen Mitglieds einer Bietergemeinschaft, sich wegen Schadensersatz an das zuständige Gericht zu wenden, somit vom Willen der anderen Mitglieder der Bietergemeinschaft abhänge, eine Aufhebungsklage zu erheben, wobei der Schaden, der den Mitgliedern der Bietergemeinschaft durch die Nichterteilung des Auftrags individuell entstanden sei, entsprechend der Höhe der von ihnen für die Beteiligung an diesem Auftrag aufgewendeten Ausgaben aber unterschiedlich sein könne. Folglich könne auch das Interesse der einzelnen Mitglieder der Bietergemeinschaft an der Anfechtung einer Entscheidung unterschiedlich sein. Daher sei die Frage zulässig, ob der von der Richtlinie 89/665 gewollte Grundsatz des wirksamen gerichtlichen Schutzes gewahrt sei.

36 Das vorlegende Gericht weist schließlich darauf hin, dass das für die Zuerkennung von Schadensersatz zuständige Gericht nach den nationalen Verfahrensvorschriften, die den allgemeinen Anspruch auf Schadensersatz für durch rechtswidrige Handlungen des Staates oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts verursachte Schäden beträfen, im Rahmen der Schadensersatzklage inzident auch die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts prüfe und nicht ein anderes Gericht, wie dies bei Aufhebungsklagen im Rahmen von Vergabeverfahren der Fall sei. Es stelle sich daher die Frage, ob die Verfahren, die die Wahrung der sich aus dem Unionsrecht ergebenden Rechte gewährleisten sollten, ungünstiger seien als diejenigen, die die Wahrung ähnlicher oder entsprechender, sich aus dem nationalen Recht ergebender Rechte beträfen.

37 Das vorlegende Gericht weist abschließend darauf hin, dass seine derzeitige Auslegung von Art. 47 Abs. 1 des Präsidialdekrets 18/1989, der zufolge nur alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft zusammen eine in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags erlassene Entscheidung anfechten könnten, eine Umkehr seiner ständigen Rechtsprechung darstelle, wonach die Mitglieder individuell klagen könnten.

38 Zugleich hebt es den besonderen Kontext des Ausgangsverfahrens hervor, nämlich dass die Klage ursprünglich von der Bietergemeinschaft als solcher und ihren sieben Mitgliedern bei der Vierten Kammer des Symvoulio tis Epikrateias erhoben worden sei. Dieser Spruchkörper habe die Klage bezüglich der Bietergemeinschaft und vier ihrer Mitglieder für unzulässig erklärt, weil sie ihren Anwalt nicht ordnungsgemäß

bevollmächtigt hätten, und die Rechtssache bezüglich der restlichen drei Mitglieder der Bietergemeinschaft wegen ihrer Bedeutung an das Plenum dieses Gerichts verwiesen. Die Vierte Kammer habe somit die bis dahin ständige Rechtsprechung zugrunde gelegt, wonach auch eine von einzelnen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft erhobene Klage zulässig sei.

39 Die Entscheidung der Vierten Kammer über die Unzulässigkeit der Klage der Bietergemeinschaft als solche und von vier ihrer Mitglieder sei jedoch rechtskräftig, so dass in dem Verfahren vor dem Plenum des vorlegenden Gerichts insoweit keine Abänderung mehr möglich sei. Es stelle sich daher die Frage, ob diese Umkehr seiner Rechtsprechung mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens, der ein allgemeiner Rechtsgrundsatz der Union und auch in Art. 6 der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (im Folgenden: EMRK) verankert sei, und dem Grundsatz des Vertrauensschutzes im Einklang stehe.

40 Aufgrund dieser Überlegungen hat der Symvoulio tis Epikrateias als Plenum beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1. Stellt ein Vertrag, mit dem der öffentliche Auftraggeber dem Auftragnehmer die Verwaltung eines Kasinounternehmens und die Durchführung eines Entwicklungsplans, der in der Modernisierung der Räumlichkeiten des Kasinos und der unternehmerischen Verwertung der sich aus der Lizenz für dieses Kasino ergebenden Möglichkeiten besteht, überträgt und in dem eine Klausel enthalten ist, nach der der öffentliche Auftraggeber, wenn in dem weiter gefassten Gebiet, in dem das streitige Kasino tätig ist, ein anderes Kasino rechtmäßig tätig werden sollte, die Verpflichtung übernimmt, dem Auftragnehmer Schadensersatz zu zahlen, einen durch die Bestimmungen der Richtlinie 92/50 nicht geregelten Konzessionsvertrag dar?

2. Bei Verneinung der Frage 1: Fällt ein Rechtsbehelf, den die Teilnehmer an einem Verfahren zur Vergabe eines gemischten öffentlichen Auftrags einlegen, der auch

die Erbringung von unter Anhang IB der Richtlinie 92/50/EWG fallenden Dienstleistungen vorsieht, und mit dem ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Teilnehmer an der Ausschreibung (ein in Art. 3 Abs. 2 dieser Richtlinie bekräftigter Grundsatz) geltend gemacht wird, in den Anwendungsbereich der Richtlinie 89/665, oder ist die Anwendung dieser Richtlinie ausgeschlossen, da für das Verfahren der Vergabe des oben genannten Dienstleistungsauftrags gemäß Art. 9 der Richtlinie 92/50 nur die Art. 14 und 16 dieser Richtlinie gelten?

3. Bei Bejahung der Frage 2: Wenn angenommen wird, dass eine nationale Bestimmung, nach der nur die Gesamtheit der Mitglieder einer Bietergemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die ohne Erfolg an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags teilgenommen hat, einen Rechtsbehelf gegen den Zuschlagsakt einlegen kann, nicht aber einzelne Mitglieder der Bietergemeinschaft, grundsätzlich nicht in Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht und insbesondere zur Richtlinie 92/50 steht, und dies auch dann gilt, wenn der Rechtsbehelf zwar ursprünglich von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft gemeinsam eingelegt worden ist, sich aber letztlich, was bestimmte Mitglieder angeht, als unzulässig herausgestellt hat, ist es dann außerdem bei der Anwendung der genannten Richtlinie notwendig, dass, um diese Unzulässigkeit feststellen zu können, geprüft wird, ob diese einzelnen Mitglieder danach das Recht behalten, bei einem anderen nationalen Gericht Schadensersatz zu beanspruchen, der in einer Bestimmung des nationalen Rechts gegebenenfalls vorgesehen ist?

4. "Wenn nach feststehender Rechtsprechung eines nationalen Gerichts angenommen worden ist, dass auch ein einzelnes Mitglied einer Bietergemeinschaft zulässigerweise einen Rechtsbehelf gegen eine in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags erlassene Entscheidung einlegen kann, ist es dann mit den Bestimmungen der Richtlinie 92/50, ausgelegt im Licht des Art. 6 EMRK als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, vereinbar, wenn ein Rechtsbehelf wegen Änderung der genannten feststehenden Rechtsprechung als unzulässig zurückgewiesen wird, ohne dass demjenigen, der diesen Rechtsbehelf einlegt, zuvor die Möglichkeit eingeräumt wird, diese Unzulässigkeit zu heilen, oder jedenfalls die Möglichkeit, sich gemäß dem Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens zu dieser Frage zu äußern?

Rechtssache C-149/08

41 Die Stadt Thessaloniki beschloss die Durchführung eines Verfahrens zur Vergabe eines Auftrags über die „Errichtung des Rathauses von Thessaloniki und einer Tiefgarage". Mit Entscheidung des kommunalen Ausschusses vom 1. Juli 2004 wurde der Auftrag an die aus den Unternehmen Aktor ATE, Themeliodomi AE und Domotechniki AE bestehende Bietergemeinschaft vergeben. Im Hinblick auf den Abschluss des Vertrags teilte der öffentliche Auftraggeber gemäß den geltenden nationalen Rechtsvorschriften dem ESR die Namen der Personen mit, die Eigentümer, Gesellschafter, Hauptaktionär oder Führungskraft der dieser Bietergemeinschaft angehörenden Gesellschaften sind, um bescheinigen zu lassen, dass bei diesen Personen kein Fall der Unvereinbarkeit nach Art. 3 des Gesetzes 3021/2002 vorliegt.

42 Nachdem der ESR festgestellt hatte, dass bei einem Mitglied des Verwaltungsrats der Aktor ATE ein Fall der Unvereinbarkeit nach dieser nationalen Bestimmung vorlag, lehnte er es mit Bescheid vom 1. November 2004 ab, die Bescheinigung auszustellen, die eine Voraussetzung für die Unterzeichnung des Vertrags gewesen wäre. Die Beschwerde der Aktor ATE gegen diesen ablehnenden Bescheid wies der ESR mit Entscheidung vom 9. November 2004 zurück. Gegen diese beiden ablehnenden Entscheidungen des ESR erhob die Aktor ATE als einziges der drei Unternehmen, aus denen die Bietergemeinschaft bestand, die den Zuschlag erhalten hatte, eine Aufhebungsklage beim vorlegenden Gericht, wobei sie sich auf dessen ständige Rechtsprechung berief, wonach individuelle Klagen einzelner Mitglieder einer Gelegenheitsgesellschaft zulässig seien.

43 Unter diesen Umständen hat der Symvoulio tis Epikrateias, ebenfalls als Plenum, beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof die folgenden Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

„1. Wenn angenommen wird, dass eine nationale Bestimmung, nach der nur die Gesamtheit der Mitglieder einer Bietergemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die ohne Erfolg an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags

teilgenommen hat, einen Rechtsbehelf gegen den Zuschlagsakt einlegen kann, nicht aber einzelne Mitglieder der Bietergemeinschaft, grundsätzlich nicht in Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht und insbesondere zur Richtlinie 89/665/EWG steht, und dies auch dann gilt, wenn der Rechtsbehelf zwar ursprünglich von allen Mitgliedern der Bietergemeinschaft gemeinsam eingelegt worden ist, sich aber letztlich, was bestimmte Mitglieder angeht, als unzulässig herausgestellt hat, ist es dann außerdem bei der Anwendung der genannten Richtlinie notwendig, dass, um diese Unzulässigkeit feststellen zu können, geprüft wird, ob diese einzelnen Mitglieder danach das Recht behalten, bei einem anderen nationalen Gericht Schadensersatz zu beanspruchen, der in einer Bestimmung des nationalen Rechts gegebenenfalls vorgesehen ist?

2. Wenn nach feststehender Rechtsprechung eines nationalen Gerichts angenommen worden ist, dass auch ein einzelnes Mitglied einer Bietergemeinschaft zulässigerweise einen Rechtsbehelf gegen einen in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags erlassene Entscheidung einlegen kann, ist es dann mit den Bestimmungen der Richtlinie 89/665, ausgelegt im Licht des Art. 6 EMRK als allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, vereinbar, wenn ein Rechtsbehelf wegen Änderung der genannten feststehenden Rechtsprechung als unzulässig zurückgewiesen wird, ohne dass demjenigen, der diesen Rechtsbehelf einlegt, zuvor die Möglichkeit eingeräumt wird, diese Unzulässigkeit zu heilen, oder jedenfalls die Möglichkeit, sich gemäß dem Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens zu dieser Frage zu äußern?“

44 Mit Beschluss des Präsidenten des Gerichtshofs vom 22. Mai 2008 sind die beiden Rechtssachen zu gemeinsamem schriftlichen und mündlichen Verfahren sowie zu gemeinsamer Entscheidung verbunden worden.

Zu den Vorlagefragen

Zu den Vorlagefragen in der Rechtssache C-145/08

45 Mit seinen Fragen zur Anwendbarkeit der Richtlinie 92/50 auf einen Vertrag wie den des Ausgangsverfahren möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 89/665 im vorliegenden Fall Anwendung findet, weil dies voraussetzt, dass eine der in Art. 1 der Richtlinie 89/665 genannten Vergaberichtlinien anwendbar ist. Diese Fragen sind daher zusammen zu untersuchen, und es ist zu prüfen, ob ein solcher Vertrag in den Anwendungsbereich einer der in dieser Vorschrift genannten Richtlinien fällt.

46 Sowohl aus den ausführlichen und eingehenden Ausführungen in der Vorlageentscheidung als auch aus der vom vorlegenden Gericht vorgenommenen Einordnung des im Ausgangsverfahren fraglichen Geschäfts ergibt sich, dass es sich um einen gemischten Vertrag handelt.

47 Dieser besteht nämlich im Wesentlichen aus einer Vereinbarung, nach der ETA 49 % der EKP-Aktien an die AEAS verkauft (im Folgenden: Aktienverkaufsteil), einer weiteren Vereinbarung, nach der die AEAS gegen eine Vergütung den Betrieb des Kasinos übernimmt (im Folgenden: Dienstleistungsteil), und schließlich einer Vereinbarung, nach der die AEAS einen Plan zur Aufwertung der Räumlichkeiten des Kasinos und der angrenzenden Hotelanlagen sowie zur Erschließung des umliegenden Geländes durchführt (im Folgenden: Bauleistungsteil).

48 Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist bei einem gemischten Vertrag, dessen einzelne Teile der Ausschreibung zufolge untrennbar miteinander verbunden sind und somit ein unteilbares Ganzes bilden, das betreffende Vorhaben im Hinblick auf seine rechtliche Einordnung in seiner Gesamtheit und einheitlich zu prüfen und auf der Grundlage der Vorschriften zu untersuchen, die den Teil regeln, der den

Hauptgegenstand oder vorherrschenden Bestandteil des Vertrags bildet (vgl. in diesem Sinne Urteile vom 5. Dezember 1989, Kommission/Italien, C-3/88, Slg. 1989, 4035, Randnr. 19, vom 19. April 1994, Gestión Hotelera Internacional, C-331/92, Slg. 1994, I-1329, Randnrn. 23 bis 26, vom 18. Januar 2007, Auroux u. a., C-220/05, Slg. 2007, I-385, Randnrn. 36 und 37, vom 21. Februar 2008, Kommission/Italien, C-412/04, Slg. 2008, I-619, Randnr. 47, und vom 29. Oktober 2009, Kommission/Deutschland, C-536/07, Slg. 2009, I-10355, Randnrn. 28, 29, 57 und 61).

49 Dies gilt unabhängig davon, ob der den Hauptgegenstand eines gemischten Vertrags bildende Teil in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fällt oder nicht.

50 Es ist daher zu prüfen, ob der im Ausgangsverfahren in Rede stehende gemischte Vertrag ein untrennbares Ganzes bildet und, wenn ja, in seiner Gesamtheit wegen seines Hauptgegenstands unter eine der in Art. 1 der Richtlinie 89/665 genannten Vergaberichtlinien fällt.

51 Erstens ist festzustellen, dass dieser Vertrag im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung eines öffentlichen Kasinounternehmens steht, die von dem auf nationaler Ebene zuständigen interministeriellen Ausschuss beschlossen und als Einheit ausgeschrieben wurde.

52 Aus den Akten, insbesondere aus den Bedingungen der im April 2002 veröffentlichten ergänzenden Ausschreibungsbekanntmachung geht hervor, dass sich der im Ausgangsverfahren in Rede stehende gemischte Vertrag als ein einheitlicher Vertrag darstellt, der sowohl die Veräußerung von EKP-Aktien als auch den Erwerb des Rechts zur Bestellung der Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungsrats von EKP, die Verpflichtung, den Betrieb des Kasinos zu übernehmen und hochwertige, finanziell gewinnbringende Dienstleistungen anzubieten, und die Verpflichtung, Bauleistungen zum Ausbau und zur Aufwertung der betreffenden Räumlichkeiten und des angrenzenden Geländes zu erbringen.

53 Daraus ergibt sich, dass dieser gemischte Vertrag mit einem einzigen Partner geschlossen werden musste, der die zum Erwerb der fraglichen Aktien erforderliche Finanzkraft aufwies und zugleich über professionelle Erfahrung im Betrieb von Kasinos verfügte.

54 Demnach sind die verschiedenen Teile dieses Vertrags als ein untrennbares Ganzes zu verstehen.

55 Zweitens ergibt sich aus den Feststellungen des vorlegenden Gerichts, dass der Hauptgegenstand des gemischten Vertrags der Verkauf von 49 % der EKP-Aktien an den Meistbietenden war und dass der Bauleistungsteil dieses Vorhabens ebenso wie der Dienstleistungsteil unabhängig davon, ob es sich bei Letzterem um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt, gegenüber dem Hauptgegenstand des Vertrags von untergeordneter Bedeutung waren. Das vorlegende Gericht hat auch darauf hingewiesen, dass der Bauleistungsteil eine im Verhältnis zum Dienstleistungsteil völlig untergeordnete Bedeutung hatte.

56 Diese Beurteilung wird durch die dem Gerichtshof vorliegenden Akten bestätigt.

57 Es steht nämlich außer Zweifel, dass bei einem Kauf von 49 % der Aktien eines öffentlichen Unternehmens wie EKP dieses Geschäft den Hauptvertragsgegenstand bildet. Die Einkünfte der AEAS als Aktionärin sind eindeutig bedeutend höher als die Vergütung, die sie als Dienstleistungserbringerin erhält. Darüber hinaus unterliegen diese Einkünfte keiner zeitlichen Begrenzung, während die Tätigkeit der Betriebsführung nach zehn Jahren endet.

58 In Anbetracht dieser Erwägungen ist festzustellen, dass die verschiedenen Teile des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden gemischten Vertrags ein untrennbares Ganzes bilden, dessen Hauptgegenstand der die Aktienveräußerung betreffende Teil ist.

59 Die Veräußerung von Aktien an einen Bieter im Rahmen der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens fällt jedoch nicht unter die Vergaberichtlinien.

60 Darauf wird im Übrigen in Nr. 66 des Grünbuchs der Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen (COM[2004] 327 endg. vom 30. April 2004) zutreffend hingewiesen.

61 Die Kommission hat in Nr. 69 dieses Grünbuchs hervorgehoben, dass man sich vergewissern sollte, dass eine Kapitalübertragung in Wirklichkeit nicht als Deckmantel für die Übertragung von öffentlichen Aufträgen oder Konzessionen an einen privaten Partner dient. Im vorliegenden Fall enthalten die Akten jedoch nichts, was die Art des im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Geschäfts, wie es vom vorlegenden Gericht eingestuft worden ist, in Frage stellen könnte.

62 Nach alledem ist festzustellen, dass ein gemischter Vertrag, dessen Hauptgegenstand der Erwerb von 49 % des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens durch ein Unternehmen und dessen untrennbar mit diesem Hauptgegenstand verbundener Nebengegenstand die Erbringung von Dienstleistungen und von Bauleistungen betrifft, nicht in seiner Gesamtheit in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien fällt.

63 Diese Feststellung schließt nicht aus, dass ein solcher Vertrag die Grundregeln und die allgemeinen Grundsätze des Vertrags, insbesondere auf dem Gebiet der Niederlassungsfreiheit und des freien Kapitalverkehrs, beachten muss. Im vorliegenden Fall ist auf die Frage der Einhaltung dieser Regeln und Grundsätze jedoch nicht einzugehen, weil das Ergebnis einer solchen Prüfung in keinem Fall zur Anwendung der Richtlinie 89/665 führen kann.

64 Demnach sind die anderen im Rahmen der Rechtssache C-145/08 vorgelegten Fragen nicht zu beantworten.

Zur ersten Vorlagefrage in der Rechtssache C-149/08

65 Mit dieser Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung in der Auslegung des vorlegenden Gerichts entgegensteht, nach der nur die Gesamtheit der Mitglieder einer als Bieter auftretenden Gelegenheitsgesellschaft die von einem öffentlichen Auftraggeber getroffene Vergabeentscheidung nachprüfen lassen kann, so dass einzelne Mitglieder nicht nur keine Möglichkeit haben, eine solche Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers aufheben zu lassen, sondern auch keine Möglichkeit, Ersatz des ihnen durch Unregelmäßigkeiten des betreffenden Vergabeverfahrens individuell entstandenen Schadens zu verlangen.

66 Zur Beantwortung dieser Frage ist festzustellen, dass die Entscheidung, deren Aufhebung beim vorlegenden Gericht beantragt worden ist, vom ESR getroffen worden ist, d. h. einer anderen Behörde als dem öffentlichen Auftraggeber, der das Verfahren zur Vergabe des im Ausgangsverfahren fraglichen öffentlichen Auftrags durchgeführt hat.

67 Aus der Richtlinie 89/665, gemeinhin Nachprüfungsrichtlinie genannt, ergibt sich jedoch, dass der von ihr beabsichtigte Schutz Handlungen oder Unterlassungen der öffentlichen Auftraggeber betrifft.

68 So beziehen sich der fünfte Erwägungsgrund und Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie ihrem Wortlaut nach eindeutig auf Maßnahmen, die im Hinblick auf Entscheidungen der

öffentlichen Auftraggeber zu ergreifen sind. Auch können die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie vorsehen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß unterrichten muss, damit dieser Abhilfe schaffen kann. Ferner räumt Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie der Kommission die Möglichkeit ein, dem betroffenen öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen, aus welchen Gründen sie im Vergabeverfahren einen Verstoß als gegeben ansieht und dessen Beseitigung zu fordern.

69 Daraus ist zu schließen, dass Rechtsstreitigkeiten über Entscheidungen einer Behörde wie des ESR nicht unter die mit der Richtlinie 89/665 geschaffene Nachprüfungsregelung fallen.

70 Allerdings können sich die Entscheidungen des ESR auf den Ablauf oder sogar das Ergebnis eines Vergabeverfahrens tatsächlich auswirken, da sie zum Ausschluss eines Bieters oder sogar eines Zuschlagsempfängers führen können, in dessen Person eine der in der maßgeblichen nationalen Regelung angeführten Unvereinbarkeiten begründet liegt. Somit sind diese Entscheidungen im Hinblick auf die ordnungsgemäße Anwendung des einschlägigen Unionsrechts nicht ohne Belang.

71 In der vorliegenden Rechtssache ergibt sich aus den Angaben des vorlegenden Gerichts, dass die Klägerin des Ausgangsverfahrens die Entscheidung des ESR, die dazu geführt hat, dass ihr der Auftrag nicht erteilt wurde, obwohl sie als Zuschlagsempfängerin bestimmt worden war, als einen Verstoß gegen die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) und gegen Grundsätze des Primärrechts der Union ansieht.

72 Die Klägerin des Ausgangsverfahrens trägt vor, dass sie durch die Anwendung der streitigen nationalen Regelung nicht nur daran gehindert worden sei, die nach ihrer Ansicht rechtswidrige Entscheidung des ESR, die zu ihrem Ausschluss von dem im Ausgangsverfahren fraglichen Verfahren geführt habe, anzufechten, sondern auch

daran, Ersatz des ihr durch diese Entscheidung entstandenen Schadens zu verlangen. Sie sei damit um ihr Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gebracht worden.

73 In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 13. März 2007, Unibet, C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnr. 37 und die dort angeführte Rechtsprechung).

74 Nach ständiger Rechtsprechung ist es mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, die zuständigen Gerichte zu bestimmen und die Verfahrensmodalitäten für Klagen zu regeln, die den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen. Diese Verfahrensmodalitäten dürfen jedoch nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatliche Klagen (Grundsatz der Äquivalenz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität) (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 15. April 2008, Impact, C-268/06, Slg. 2008, I-2483, Randnrn. 44 und 46 sowie die dort angeführte Rechtsprechung).

75 Was den Äquivalenzgrundsatz angeht, ergibt sich aus den Ausführungen des vorlegenden Gerichts, dass nach dem innerstaatlichen Recht, das allgemein den Ersatz für durch rechtswidrige Handlungen des Staates oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts verursachte Schäden regelt, das für die Zuerkennung von Schadensersatz zuständige Gericht auch für die Inzidentkontrolle der Rechtmäßigkeit des beschwerenden Verwaltungsakts zuständig ist, so dass auf eine vom einem Einzelnen allein erhobene Klage hin Schadensersatz zuerkannt werden kann, wenn die entsprechenden materiellen Voraussetzungen erfüllt sind.

76 Dagegen liegen auf dem Gebiet des Vergabewesens, das vom Unionsrecht erfasst wird, diese beiden Zuständigkeiten, nämlich zum einen die Zuständigkeit, einen Verwaltungsakt aufzuheben oder für nichtig zu erklären, und zum anderen die

Zuständigkeit, Schadensersatz zuzuerkennen, nach dem im Ausgangsverfahren einschlägigen nationalen Recht bei zwei verschiedenen Gerichten.

77 So führt, wie das vorlegende Gericht darlegt, auf dem Gebiet des Vergabewesens Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes 2522/1997, wonach die Zuerkennung von Schadensersatz die vorherige Aufhebung der beschwerenden Entscheidung voraussetzt, in Verbindung mit Art. 47 Abs. 1 des Präsidialdekrets 18/1989, wonach die Mitglieder einer Bietergemeinschaft nur alle zusammen eine im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags getroffene Entscheidung anfechten können, dazu, dass ein allein klagendes Mitglied nicht nur keine Möglichkeit hat, die Aufhebung der beschwerenden Entscheidung zu erlangen, sondern auch keine Möglichkeit, sich wegen Ersatzes des ihm individuell entstandenen Schadens an das zuständige Gericht zu wenden, während dies auf anderen Gebieten nach den innerstaatlichen Rechtsvorschriften, die für Schadensersatzforderungen gelten, die auf einem durch eine rechtswidrige Handlung einer Behörde verursachten Schaden beruhen, nicht der Fall zu sein scheint.

78 Zum Grundsatz der Effektivität ist festzustellen, dass ein Bieter wie die Klägerin des Ausgangsverfahrens durch die Anwendung der im Ausgangsverfahren einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften keine Möglichkeit hat, beim zuständigen Gericht den Ersatz des Schadens zu verlangen, den er wegen einer Verletzung des Unionsrechts durch einen Verwaltungsakt erlitten zu haben behauptet, der den Ablauf und sogar den Ausgang des Verfahrens zur Vergabe des öffentlichen Auftrags beeinflusst haben kann. Einem solchen Bieter wird damit der wirksame gerichtliche Schutz der Rechte genommen, die ihm in diesem Bereich aus dem Unionsrecht erwachsen.

79 Wie die Generalanwältin in den Nrn. 107 bis 116 ihrer Schlussanträge ausgeführt hat, unterscheidet sich der vorliegende Kontext insoweit von dem der Rechtssache, in dem das Urteil Espace Trianon und Sofibail ergangen ist. Während Letztere nämlich eine Klage auf Aufhebung einer Vergabeentscheidung betraf, mit der der Bietergemeinschaft insgesamt der fragliche Auftrag vorenthalten wurde, betrifft die vorliegende Rechtssache eine Forderung auf Ersatz des Schadens, der durch eine rechtswidrige Entscheidung einer Verwaltungsbehörde verursacht worden sein soll, mit der beim allein klagenden Bieter ein Fall der Unvereinbarkeit im Sinne der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften festgestellt wurde.

80 Nach alledem ist auf die erste Vorlagefrage in der Rechtssache C-149/08 zu antworten, dass das Unionsrecht, insbesondere das Recht auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz, einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegensteht, die dahin ausgelegt wird, dass die Mitglieder einer in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags als Bieterin aufgetretenen Gelegenheitsgesellschaft nicht die Möglichkeit haben, individuell Ersatz des Schadens zu verlangen, den sie aufgrund einer Entscheidung individuell erlitten zu haben behaupten, die von einer anderen Behörde als dem öffentlichen Auftraggeber, welche nach den geltenden nationalen Rechtsvorschriften an diesem Verfahren beteiligt gewesen ist, getroffen worden ist und die den Ablauf des Verfahrens beeinflussen konnte.

81 In Anbetracht dieser Antwort ist die zweite Vorlagefrage in der Rechtssache C-149/08 nicht zu beantworten.

Kosten

82 Für die Parteien der Ausgangsverfahren ist das Verfahren ein Zwischenstreit in den bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreitigkeiten; 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 (Vierte Kammer) für Recht erkannt:

1. **Ein gemischter Vertrag, dessen Hauptgegenstand der Erwerb von 49 % des Kapitals eines öffentlichen Unternehmens durch ein Unternehmen und dessen untrennbar mit diesem Hauptgegenstand verbundener Nebengegenstand die Erbringung von Dienstleistungen und die Durchführung von**

Bauarbeiten betrifft, fällt nicht in seiner Gesamtheit in den Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien.

2. Das Unionsrecht, insbesondere das Recht auf effektiven Rechtsschutz, steht einer nationalen Regelung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen entgegen, die dahin ausgelegt wird, dass die Mitglieder einer in einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags als Bieterin aufgetretenen Gelegenheitsgesellschaft nicht die Möglichkeit haben, individuell Ersatz des Schadens zu verlangen, den sie aufgrund einer Entscheidung individuell erlitten zu haben behaupten, die von einer anderen Behörde als dem öffentlichen Auftraggeber, welche nach den geltenden nationalen Rechtsvorschriften an diesem Verfahren beteiligt gewesen ist, getroffen worden ist und den Ablauf des Verfahrens beeinflussen konnte.

Unterschriften