SCHLUSSANTRÄGE DER FRAU GENERALANWALT CHRISTINE STIX-HACKL
vom 15. März 2005 [1]

I — Einleitende Bemerkungen

1. In diesem Vorabentscheidungsersuchen geht es um die Nachprüfung von Entscheidungen des Auftraggebers über die Vergabe, und zwar um die Aktivlegitimation von einzelnen Mitgliedern einer Gelegenheitsgesellschaft nach belgischem Recht, welche als Bietergemeinschaft im Sinne des gemeinschaftlichen Vergaberechtes (bzw. als „Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern" nach den neuen Vergaberichtlinien [2]) zu qualifizieren ist.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Artikel 1 der Richtlinie 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 [3] (im Folgenden: Richtlinie) bestimmt u. a.:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG, 77/62/EWG und 92/50/EWG fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — Artikel 4 Absatz 2 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114) und Artikel 11 Absatz 2 der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (ABl. L 134, S. 1).

3 — ABl. L 395, S. 33, in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1).

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.

...

(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."

3. Artikel 2 der Richtlinie 89/665 Absatz 1 bestimmt u. a.:

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

...

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;

..."

4. Artikel 21 der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [4] lautet:

„Angebote können auch von Bietergemeinschaften eingereicht werden. 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 Zuschlag erteilt worden ist."

4 — ABl. L 199, S. 54; danach geändert.

B — *Nationales Recht*

5. Einschlägig sind die Vorschriften von Artikel 19 Absatz 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat, die u. a. die Aktivlegitimation bei Aufhebungsklagen regeln.

6. Artikel 53 des Code des sociétés regelt wesentliche Aspekte des Außenverhältnisses der „association momentanée".

7. Artikel 522 Absatz 2 des Code des sociétés bestimmt, dass die Vertretung einer „Société Anonyme" u. a. vor Gericht durch den Verwaltungsrat erfolgt. Daneben gestattet diese Vorschrift, dass die Satzung die Vertretung durch einen oder mehrere Verwaltungsräte vorsehen kann.

III — Sachverhalt, Vorverfahren und Vorlagefragen

8. Am 30. September 1997 wurde im *Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften* eine Vergabebekanntmachung des Office communautaire et régional de la formation professionnelle et de l'emploi (im Folgenden: FOREM) veröffentlicht, in der der Gegenstand wie folgt angegeben wurde: „Entwurf, Verwirklichung und Finanzierung eines zur Verwendung durch Verwaltungsdienststellen des Office régional de l'emploi (Regionaldirektion Lüttich) bestimmten Gebäudes mit einer oberirdischen Fläche von etwa 6 500 m^2 (netto)"; dabei wurde darauf hingewiesen, dass Nebenangebote zugelassen sind. In der Folge wurden vier Berichtigungsbekanntmachungen veröffentlicht.

9. Am 20. Februar 1998 fand die Angebotseröffnung statt. Fünf Angebote waren eingereicht worden, darunter die der Bietergemeinschaften (associations momentanées; Gelegenheitsgesellschaften) Espace Trianon — Sofibail sowie CIDP-BPC. Die Bietergemeinschaft Espace Trianon — Sofibail besteht aus der Espace Trianon SA (im Folgenden: Espace) und der Société Wallone de Location-Financement SA („Sofibail").

10. Am 22. Dezember 1998 hat der Verwaltungsrat des FOREM einen Auftrag betreffend den Entwurf, die Verwirklichung und die Finanzierung eines zur Verwendung durch Verwaltungsdienststellen des FOREM, Regionaldirektion Lüttich, bestimmten Gebäudes mit einer oberirdischen Fläche von etwa 6 500 m^2 netto an die Gelegenheitsgesellschaft CIDP-BPC vergeben.

11. Am 8. Januar 1999 hat der Verwaltungsrat des FOREM „die mit Gründen versehene

Entscheidung, wie sie in der Sitzung vom 22. Dezember 1998 getroffen worden ist", bestätigt.

12. Am 25. Januar 1999 wurde Espace und „Sofibail" die Vergabeentscheidung zugestellt.

13. Am 19. Februar 1999 haben die Espace und „Sofibail" beim Conseil d'État Klage auf Aufhebung der Vergabeentscheidung erhoben.

14. Am 8. März 1999 haben Espace und „Sofibail" beim Conseil d'État Klage auf Aufhebung der Bestätigung vom 8. Januar 1998 eingereicht.

15. Im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung kam der Conseil d'État zum Ergebnis, dass die im Namen von Espace getroffenen Entscheidungen, gerichtliche Schritte einzuleiten, nicht ordnungsgemäß waren, weil sie nicht wie in der Satzung vorgesehen vom Verwaltungsrat getroffen wurden. Hingegen waren die Entscheidungen von „Sofibail" ordnungsgemäß.

16. Da das Angebot im Namen der Bietergemeinschaft Espace-Sofibail abgegeben wurde aber die Entscheidung eines der Mitglieder nicht ordnungsgemäß war, prüfte der Conseil d'État die Konsequenzen für die Zulässigkeit der Klagen.

17. Mit Urteil vom 25. Februar 2004 beschloss der Conseil d'État, dem Gerichtshof folgende Vorlagefragen vorzulegen:

1. Steht Artikel 1 der Richtlinie 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 einer nationalen Rechtsvorschrift wie Artikel 19 Absatz 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat entgegen, die dahin ausgelegt wird, dass die Mitglieder einer Gelegenheitsgesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die sich als solche an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beteiligt und nicht den Zuschlag erhalten hat, nur alle zusammen — in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder in ihrem eigenen Namen –, Klage gegen die Entscheidung über die Vergabe des genannten Auftrags erheben können?

2. Fällt die Antwort auf die Frage anders aus, wenn die Mitglieder der Gelegenheitsgesellschaft zwar alle zusammen geklagt haben, aber die Klage eines ihrer Mitglieder unzulässig ist?

3. Steht Artikel 1 der Richtlinie 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 einer nationalen Rechtsvorschrift wie Artikel 19 Absatz 1 der am 12. Januar 1973 koordinierten Gesetze über den Staatsrat entgegen, die dahin ausgelegt wird, dass ein Mitglied einer solchen Gelegenheitsgesellschaft als Einzelner die Entscheidung über die Vergabe weder in seiner Eigenschaft als Gesellschafter noch im eigenen Namen nachprüfen lassen kann?

IV — Würdigung

A — *Allgemeine Bemerkungen*

18. Alle drei Vorlagefragen zielen im Kern auf die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Zulässigkeit von Nachprüfungsanträgen von Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, und zwar hier einer Gelegenheitsgesellschaft nach belgischem Recht.

19. Angesichts des Wortlauts der Vorlagefragen ist daran zu erinnern, dass die Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit dem Gemeinschaftsrecht nicht Gegenstand eines Vorabentscheidungsersuchens nach Artikel 234 EG sein kann. Folglich sind auch die in diesem Verfahren gestellten Vorlagefragen dahin zu verstehen, dass sie auf die Auslegung des Gemeinschaftsrechts gerichtet sind.

20. Während die erste und dritte Vorlagefrage das grundsätzliche Problem der Aktivlegitimation einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft betreffen, bezieht sich die zweite Vorlagefrage nur auf eine bestimmte Fallkonstellation, nämlich darauf, dass zwar alle Mitglieder der Bietergemeinschaft zusammen geklagt haben, aber die Klage eines ihrer Mitglieder unzulässig ist.

21. Die damit angesprochenen Rechtsprobleme sind jedoch von der — nicht verfahrensgegenständlichen — Frage zu unterscheiden, ob und unter welchen Bedingungen einer Bietergemeinschaft nach Gemeinschaftsrecht die Aktivlegitimation in Nachprüfungsverfahren nach der Richtlinie einzuräumen ist.

22. Aber auch in anderer Hinsicht hat sich die folgende Würdigung aus prozessualen Gründen auf die Besonderheiten des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens zu beschränken.

23. So geht es im Ausgangsverfahren, d. h. dem nationalen Nachprüfungsverfahren, um die Überprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers über die Vergabe, also über den Zuschlag. Die in diesem Vorlageverfahren gegebenen Antworten können jedoch nicht ohne weiteres auf Nachprüfungsanträge übertragen werden, die andere Entscheidungen des Auftraggebers betreffen, wie z. B. die Nichtauswahl von Teilnehmern als Bieter, d. h. die Nichtaufforderung zur Abgabe eines Angebots, oder das Ausscheiden von Angeboten. Darauf hinzuweisen ist auch, dass das Ausgangsverfahren die Aufhebung einer Entscheidung betrifft.

24. Die Beantwortung der Vorlagefragen hat sich also auf eine Konstellation wie die des Ausgangsverfahrens zu beschränken. Das bedeutet, dass sich hinsichtlich der bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit und hinsichtlich der Gewährung von Schadenersatz aus dem Gemeinschaftsrecht durchaus andere Verpflichtungen ergeben könnten.

25. Dazu kommt, dass die Bietergemeinschaft, um die es im Ausgangsverfahren geht, durch Vertrag errichtet wurde und — jedenfalls nach den Akten — über keine Rechtspersönlichkeit nach nationalem Recht verfügt.

26. Diesbezüglich sei jedoch der Hinweis erlaubt, dass die materiellen Vergaberichtlinien, die alten wie die neuen, ausdrücklich die Abgabe von Angeboten durch „Bietergemeinschaften" bzw. „Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern" vorsehen. Damit räumt das Gemeinschaftsrecht solchen Bewerbern und Bietern also bestimmte Rechte ein, insbesondere das Recht auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren. Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ergibt sich nun die Teilrechtsfähigkeit von Bietergemeinschaften.

27. Des Weiteren ist in diesem Vorabentscheidungsverfahren nur auf die Frage der Einstimmigkeitsregel bzw. den Ausschluss der Aktivlegitimation einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft einzugehen, nicht hingegen auf die Frage der Vereinbarkeit anderer in den Mitgliedstaaten bestehender oder denkbarer nationaler Regelungen betreffend die Stellung von Nachprüfungsanträgen durch Mitglieder einer Bietergemeinschaft.

28. Schließlich ist auszuführen, dass in dem Fall, dass das Gemeinschaftsrecht die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, der Bietergemeinschaft selbst die Aktivlegitimation einzuräumen, die Aktivlegitimation der Gesellschafter für die Wahrung eines wirksamen Rechtsschutzes nicht mehr erforderlich ist. In einem solchen Fall würde sich das verfahrensgegenständliche Rechtsproblem auf die Frage reduzieren, wer für die aktivlegitimierte Bietergemeinschaft tätig werden kann.

B — *Zur ersten und dritten Vorlagefrage*

29. Die erste und dritte Vorlagefrage gehen beide von der im Ausgangsverfahren anwendbaren nationalen Regelung aus, dass nur alle Mitglieder einer Gelegenheitsgesellschaft und nicht auch ein einzelnes Mitglied die Entscheidung des Auftraggebers auf Vergabe nachprüfen lassen kann, d. h. dagegen Klage erheben kann. Damit empfiehlt sich eine gemeinsame Beantwortung der ersten und dritten Vorlagefrage.

1. Ausgangspunkt: Das „Interesse" im Sinne der Richtlinie

30. Ausgangspunkt dafür bilden die in Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie normierten Voraussetzungen für die Gewährung der Aktivlegitimation. Nach dieser Bestimmung stellen die Mitgliedstaaten 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".

31. Dass es nach Gemeinschaftsrecht auf die Erfüllung dieser Voraussetzungen ankommt, hat der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zur Aktivlegitimation immer wieder betont [5].

32. Einen wertvollen Hinweis für das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren, in dem es um eine Bietergemeinschaft geht, liefert das Urteil in der Rechtssache Makedoniko. Darin hat der Gerichtshof darauf abgestellt, dass die Voraussetzungen nach Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie „bei der Prüfung der Frage zu berücksichtigen [sind], ob eine Bietergemeinschaft ... Zugang zu den in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsbehelfen haben muss" [6].

33. Für den Gerichtshof ist somit entscheidend, ob die Bietergemeinschaft ein Interesse an dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrag hat oder hatte und ob ihr durch die Entscheidung des Auftraggebers ein Schaden im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 entstanden ist oder zu entstehen droht [7].

34. Das lässt sich auf die Fragestellung des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens übertragen, in dem es um die Aktivlegitima-

5 — Urteile vom 23. Januar 2003 in der Rechtssache C-57/01 (Makedoniko Metro, Slg. 2003, I-1091, Randnr. 65) und vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02 (Grossmann Air Service, Slg. 2004, I-1791, Randnr. 25).

6 — Urteil in der Rechtsache C-57/01 (zitiert in Fußnote 5), Randnr. 66.

7 — Urteil in der Rechtssache C-57/01 (zitiert in Fußnote 5), Randnr. 72.

tion nicht der Bietergemeinschaft als solcher, sondern die ihrer Mitglieder geht.

35. Aktivlegitimation ist nach der Richtlinie also demjenigen einzuräumen, der ein Interesse an dem Auftrag hat, der zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens werden soll. Hinsichtlich der Aktivlegitimation und dem dafür erforderlichen Interesse ist hinzuzufügen, dass für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags nicht jedwedes Interesse ausreicht.

36. Das ist auch im Zusammenhang mit Bietergemeinschaften zu betonen. Dieser klärende Hinweis ist deswegen anzubringen, weil zwischen den Interessen der Bietergemeinschaft und denen ihrer Mitglieder sowie zwischen den Interessen der einzelnen Mitglieder ein Unterschied bestehen kann, was im Übrigen auch die Kommission betont.

37. Die Mitglieder einer Bietergemeinschaft haben zwar ein Interesse daran, dass der Bietergemeinschaft, der sie angehören, wirtschaftlicher Erfolg beschieden ist. Ein Mitglied einer Bietergemeinschaft hat jedoch lediglich Interesse daran, dass die *Bietergemeinschaft* den Zuschlag erhält, nicht aber, dass es *selbst* den Auftrag erhält.

38. Die Frage, ob ein Interesse *im Sinne* von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie vorliegt, ist anhand der vergaberechtlich relevanten Aktivitäten der Bietergemeinschaft zu beurteilen.

39. Entgegen dem Vorbringen der Kommission haben die Mitgliedstaaten die Aktivlegitimation nämlich grundsätzlich nur demjenigen Unternehmer einzuräumen, der an dem Vergabeverfahren, dessen Nachprüfung beantragt wird, auch teilgenommen hat [8].

40. Von dieser Regel bestehen zwar Ausnahmen, doch gelten diese nur in bestimmten Fällen: So darf eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren nicht als Voraussetzung verlangt werden, wenn der Auftraggeber gar kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt hat [9]. Ebenso hat dasjenige Unternehmen Zugang zu den Rechtsbehelfen der Richtlinie, das nur deswegen nicht teilgenommen hat, weil die Bedingungen der Ausschreibungen die Teilnahme aussichtslos erscheinen ließen [10].

41. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist also nur in denjenigen Fällen von

8 — Urteil in der Rechtssache C-230/02 (zitiert in Fußnote 5), Randnr. 27.

9 — Urteil vom 11. Januar 2005 in der Rechtssache C-26/03 (Stadt Halle, Slg. 2005, I-1, Randnrn. 34 und 41 ff.).

10 — Urteil in der Rechtssache C-230/02 (zitiert in Fußnote 5), Randnrn. 28 f.

der Teilnahme an einem Vergabeverfahren abzusehen, in denen die Teilnahme nicht möglich oder zumindest aussichtslos war. Entscheidend ist also die Unmöglichkeit einer erfolgreichen Teilnahme an einem Vergabeverfahren, die im Verhalten des Auftraggebers ihre Ursache hat. Von der *Unmöglichkeit* zu unterscheiden sind aber die Fälle, in denen ein Unternehmen gar nicht an einem Vergabeverfahren teilnehmen *will*. Das trifft auch auf die einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft zu, die nicht selbst an einem Vergabeverfahren teilnehmen *wollen*.

42. Hinsichtlich der Unternehmen, die sich zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen, weil sie einzeln nicht erfolgreich teilnehmen können, ist darauf hinzuweisen, dass die Ursache für dieses ihr Nichtkönnen nicht im Verhalten des Auftraggebers liegt.

43. Die Konstellation, die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegt, unterscheidet sich also von den Fällen der Unmöglichkeit, in denen keine Teilnahme verlangt werden darf, noch in einem anderen Punkt: Es hat eine Teilnahme stattgefunden, und es wurde sogar ein Angebot abgegeben. Dass dies durch die Bietergemeinschaft und nicht durch deren Mitglieder erfolgte, ist nicht entscheidend. Denn die Mitglieder treten im Nachprüfungsverfahren ja nicht als Unternehmen auf, die keinen Bezug zum Bieter, nämlich der Bietergemeinschaft, aufweisen, sondern als deren Mitglieder. Da sich die einzelnen Unternehmen also auf die Eigenschaft als Mitglieder einer Bietergemeinschaft berufen, muss ihnen auch das Verhalten der Bietergemeinschaft zugerechnet oder entgegengehalten werden können.

2. Die Bedeutung des materiellen Rechts für die Aktivlegitimation

44. Das prozessuale Recht auf Stellung eines Nachprüfungsantrags folgt also aus der materiellen Beteiligung an einem Vergabeverfahren, etwa als Bewerber oder, wie im Ausgangsverfahren, als Bieter.

45. Diese Parallelität kommt auch in der Rechtssache Makedoniko zum Ausdruck, wonach „einer Bietergemeinschaft die in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen müssen, soweit eine Entscheidung einer Vergabebehörde die Rechte verletzt, die ihr nach dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zustehen“ [11].

11 — Urteil in der Rechtssache C-57/01 (zitiert in Fußnote 5), Randnr. 73.

46. Die Aktivlegitimation ist also nach Gemeinschaftsrecht demjenigen einzuräumen, der auch über die materiellen Rechte verfügt. Die Rechte aus den materiellen Vergaberichtlinien stehen aber im Fall von Bietergemeinschaften diesen selbst zu. Es ist eben die Bietergemeinschaft, die als Außengesellschaft in einem Vergabeverfahren auftritt. Nur sie ist es auch, die allenfalls Adressat einer Entscheidung über den Zuschlag ist.

47. Ebenso kann der Umstand, dass nach nationalem Recht auch die Mitglieder einer Bietergemeinschaft bestimmte Pflichten — möglicherweise selbst nach außen — übernehmen, für das nationale Verfahrensrecht entscheidend sein. So kann der Grundsatz der Parallelität zwischen materiellen Rechten und Pflichten einerseits und dem Rechtsschutz andererseits auch im nationalen Recht Bedeutung erlangen.

48. Die Beantwortung der Vorlagefragen hat sich aus der Sicht des Gemeinschaftsrechts also an dem Prinzip zu orientieren, wonach die Richtlinie zur Durchsetzung der aus den materiellen Vergaberichtlinien ableitbaren Rechte dient.

49. Wendet man diesen Grundsatz auf das Ausgangsverfahren an, so führt das zum Ergebnis, dass die Richtlinie nur den Rechtsschutz der *Bieter* sicherstellt, hier also der Bietergemeinschaft. Gerade das Ausgangsverfahren zeigt die für Bietergemeinschaften typische Sachlage, nämlich dass deren Mitglieder aufgrund ihrer Spezialisierung gar nicht in der Lage wären, den gesamten Auftrag auszuführen. Zu betonen ist, dass sie auch nicht die Absicht hatten, das zu tun.

50. Der Grundsatz der Parallelität spricht also sogar eher dagegen, dass nach der Richtlinie auch einzelnen Mitgliedern Aktivlegitimation einzuräumen ist.

51. Aus der Richtlinie lässt sich also nur die Aktivlegitimation der Bietergemeinschaft als solcher ableiten. Daraus folgt wiederum, dass einzelnen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft nach Gemeinschaftsrecht kein Recht zukommt, eine Entscheidung der Vergabe im *eigenen* Namen nachprüfen zu lassen.

52. Damit bleibt noch zu klären, ob einzelne Mitglieder einer Bietergemeinschaft zumindest in deren Namen ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren zulässigerweise beantragen können.

53. Diesbezüglich ist, wie hinsichtlich aller nationalen Verfahrensvorschriften, an die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität zu erinnern.

54. Diese Grundsätze des Gemeinschaftsrechts sind, was den vergaberechtlichen Rechtsschutz betrifft, in Artikel 1 der Richtlinie sogar ausdrücklich verankert. Hinsichtlich des Effektivitätsgebots werden die Mitgliedstaaten in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie verpflichtet, sicherzustellen, dass die Entscheidungen der Vergabebehörden *wirksam* und vor allem möglichst rasch nachgeprüft werden können. Der sich aus dem hier einschlägigen Effektivitätsgebot ergebende Maßstab ist jedoch kein absoluter.

55. So hat der Gerichtshof in einer den vergaberechtlichen Rechtsschutz betreffenden Rechtssache betont, dass für „die Anwendung des Effektivitätsgebots ... jeder Fall, in dem sich die Frage stellt, ob eine nationale Verfahrensvorschrift die Anwendung des Gemeinschaftsrechts unmöglich macht oder übermäßig erschwert, unter Berücksichtigung der Stellung dieser Vorschrift im gesamten Verfahren, des Verfahrensablaufs und der Besonderheiten des Verfahrens zu prüfen" [12] ist.

56. In der Rechtssache Fritsch betont der Gerichtshof einen weiteren Grundsatz:

„Auch wenn im Übrigen Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Festlegung der Bedingungen gestattet, nach denen sie jedem, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, die in der Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stellen, so erlaubt das den Mitgliedstaaten doch nicht, den Begriff ‚Interesse an einem öffentlichen Auftrag' in einer Weise auszulegen, die die praktische Wirksamkeit der Richtlinie beeinträchtigen kann." [13]

57. In der Rechtssache Grossmann hat der Gerichtshof sogar grundsätzlich die Zulässigkeit nationaler Vorschriften anerkannt, die das „Interesse" näher definieren und damit die Aktivlegitimation einschränken:

„Daher beeinträchtigt es die praktische Wirksamkeit der Richtlinie 89/665 nicht, wenn einer Person, die sich weder am Vergabeverfahren beteiligt hat noch eine Nachprüfung der Entscheidung des Auftraggebers, mit der die Spezifikationen der Ausschreibung festgelegt wurden, eingeleitet hat, kein Interesse an dem fraglichen Auftrag zuerkannt und ihr damit kein Zugang zu den

12 — Urteil vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-327/00 (Santex, Slg. 2003, I-1877, Randnr. 56); vgl. das Urteil vom 14. Dezember 1995 in der Rechtssache C-312/93 (Peterbroeck, Slg. 1995, I-4599, Randnr. 14).

13 — Urteil vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-410/01 (Fritsch u. a., Slg. 2003, I-6413, Randnr. 34).

in dieser Richtlinie vorgesehenen Nachprüfungsverfahren gewährt wird." [14]

58. Aus dieser Rechtsprechung lässt sich daher ableiten, dass nur die Bietergemeinschaft über das für die Aktivlegitimation erforderliche Interesse verfügt, nicht hingegen ein einzelnes Mitglied.

3. Die Beurteilung der Effekte der Einstimmigkeitsregel

59. An den so verstandenen Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität sind auch die aus der Einstimmigkeitsregel resultierenden Effekte zu messen.

60. Das gilt einmal hinsichtlich der von der Kommission angeführten Wirkung, wonach die Einstimmigkeitsregel die Möglichkeiten der Stellung eines Nachprüfungsantrags reduziere und diese Beschränkung wegen der im Vergaberechtsschutz erforderlichen Raschheit umso schwerer wiege.

61. Allerdings sind auch andere Bieter als Bietergemeinschaften gehalten, vergleichbare Prozessvoraussetzungen zu erfüllen, und zwar für eine der jeweiligen rechtlichen Form entsprechende Vertretung zu sorgen. Es geht also auch hinsichtlich der Bietergemeinschaften genau genommen nur um die interne Willensbildung, wie sie auch bei anderen Bietern stattzufinden hat.

62. Dass die Einstimmigkeitsregel außerdem dazu führen kann, dass die Wahrung des Interesses der Bietergemeinschaft von einem Einzelnen abhängt, führt nicht schon allein deswegen zu einer Verletzung der oben genannten Grundsätze. Das Zusammenwirken der einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft stellt nämlich keine Besonderheit des Verfahrensrechts dar; vielmehr ist ein Zusammenwirken sogar schon vor der Teilnahme an einem Vergabeverfahren und erst recht lange vor der Abgabe eines Angebots erforderlich, und zwar z. B. bei der Bildung einer Bietergemeinschaft.

63. Dass die Interessen der einzelnen Mitglieder divergieren können, kann zwar bei Anwendung der Einstimmigkeitsregel die Stellung eines Nachprüfungsantrags erschweren, doch darf nicht übersehen werden, dass die Mehrheit der Mitglieder, auch was die Frage der Nachprüfung betrifft, andere Interessen haben kann als einzelne Mitglieder.

14 — Urteil in der Rechtssache C-230/02 (zitiert in Fußnote 5), Randnr. 39.

64. Nach Auffassung der Kommission dränge die Einstimmigkeitsregel Bietergemeinschaften geradezu, eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Dazu ist zu bemerken, dass diese Regel eher dazu führen dürfte, von einer bestimmten Rechtsform Abstand zu nehmen.

65. Im Übrigen hat jede Bietergemeinschaft eine konkrete Ausgestaltung der Zusammenarbeit vorzunehmen, in der Regel einen Gesellschaftsvertrag zu schließen. Darin kann daher entgegen der Auffassung der Kommission kein Verstoß gegen Artikel 21 der Richtlinie 93/37 erblickt werden. Denn ein Zwang zu einer bestimmten Rechtsform entsteht dadurch noch nicht. Der Entschluss, eine Bietergemeinschaft zu bilden, erfolgt bewusst und auch im Wissen um die damit verbundenen Vor- und Nachteile.

66. Eine solche Vereinbarung kann auch die Ausübung des Nachprüfungsrechts zum Gegenstand haben. Die aus einer solchen Vereinbarung resultierenden Vorteile für die einzelnen Mitglieder einer Bietergemeinschaft können aber nicht als Verpflichtung angesehen werden, eine bestimmte Rechtsform anzunehmen.

67. Wenn die Kommission schließlich vorbringt, dass die Einstimmigkeitsregel sogar schon bei der Bildung einer Bietergemeinschaft abschreckend wirkt, dann übersieht sie, dass gerade das Wissen um eventuelle Schwierigkeiten bei der Geltendmachung von Rechtsschutz bewirkt, dass entsprechende Vorkehrungen im Gesellschaftsvertrag getroffen werden können. Diese Regelungen könnten etwa die Vertretung durch ein Mitglied oder eine bestimmte Mehrheitsregel vorsehen.

68. Ebenso wenig kann in der Einstimmigkeitsregel eine Diskriminierung gegenüber anderen gesellschaftsrechtlichen Formen gesehen werden. Denn auch Bieter, die nicht in Form einer Bietergemeinschaft auftreten, müssen die für sie geltenden gesellschaftsrechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften einhalten. Das betrifft etwa die Beachtung der Regelungen über die Vertretung von Gesellschaften durch dazu befugte Organe. Die Charakteristika einer Bietergemeinschaft belegen nur, dass sich eben jede Rechtsform durch bestimmte Besonderheiten auszeichnet.

69. Der von der Kommission bei mehreren Aspekten angesprochenen Lähmung infolge der Einstimmigkeitsregel kann der Gesetzgeber, wie bereits dargelegt, in den nationalen Rechtsordnungen vorbeugen, in denen die Einstimmigkeitsregel nur als dispositives Recht gilt. Diesfalls könnten davon abweichende Lösungen durch entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags oder — anlassbezogen — durch Beschluss der Mitglieder unmittelbar aufgrund der einschlägigen Bestimmungen des nationalen Gesellschaftsrechts getroffen werden.

70. Im vorliegenden Verfahren ist mehrfach auf die Möglichkeit hingewiesen worden, eine Mehrheitsregel zu vereinbaren oder die Vertretung durch ein Mitglied, nach der nationalen Rechtsordnung des Ausgangsverfahrens etwa in Form eines „mandat", vorzusehen.

71. Der vom Gemeinschaftsgesetzgeber beabsichtigte leichtere Zugang zu einem wirksamen Rechtsschutz wäre jedoch etwa dann verletzt, wenn das nationale Recht Vertretungsregeln enthielte, die auf eine Benachteiligung ausländischer Bietergemeinschaften hinausliefen oder deren Erfüllung praktisch unmöglich ist.

72. Dass in manchen Mitgliedstaaten auch einzelne Mitglieder einer Bietergemeinschaft einen Nachprüfungsantrag stellen können, ändert nichts daran, dass die Richtlinie das nicht erfordert. Freilich können die Mitgliedstaaten über den in den Richtlinien normierten Mindeststandard [15] grundsätzlich hinausgehen. Allerdings stellt sich dann die Frage, ob eine derartige auf den ersten Blick großzügige — weil bieterfreundliche — nationale Regelung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar wäre. Diese Rechtsfrage ist aber nicht Gegenstand des vorliegenden Vorabentscheidungsersuchens.

73. Gegen eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, auch einzelnen Mitgliedern die Aktivlegitimation einzuräumen, spricht schließlich der Umstand, dass auch die anderen Mitglieder einer Bietergemeinschaft zu schützen sind.

74. Einzelnen Mitgliedern die Aktivlegitimation einzuräumen, könnte so etwa dazu führen, dass — sogar — die Mehrheit der Mitglieder gegen ihren Willen in ein Nachprüfungsverfahren gezwungen und bei Obsiegen in ein neues oder fortgesetztes Vergabeverfahren gedrängt werden, an dem sie womöglich kein Interesse mehr haben, weil sie etwa inzwischen bereits andere Verträge geschlossen haben.

75. Auf die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht es umgekehrt untersagt, einem einzelnen Mitglied einer Bietergemeinschaft die Aktivlegitimation einzuräumen, ist hier nicht einzugehen. Im vorliegenden Verfahren war lediglich zu klären, ob das Gemeinschaftsrecht einem speziellen nationalen Verbot entgegensteht oder — anders gesagt –, ob es die Beschränkung der Aktivlegitimation auf die Gesamtheit der Mitglieder einer Bietergemeinschaft erlaubt.

76. Das Gemeinschaftsrecht gebietet also grundsätzlich nicht, dass die Mitgliedstaaten den einzelnen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft die Aktivlegitimation einräumen, einen Nachprüfungsantrag im eigenen Namen zu stellen. Ebenso wenig gebietet es das Gemeinschaftsrecht, dass einzelne Mitglie-

15 — Urteil vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-315/01 (GAT, Slg. 2003, I-6351, Randnr. 45).

der einen Nachprüfungsantrag im Namen der Bietergemeinschaft stellen dürfen. Kein solches Gebot gilt auf jeden Fall für diejenigen Mitgliedstaaten, deren nationales Recht insofern nicht zwingend ist, als es abweichende Regelungen durch die Bietergemeinschaften, d. h. deren Mitglieder, zulässt, etwa schon im Gesellschaftsvertrag oder — später — durch Beschluss.

C — *Zur zweiten Vorlagefrage*

78. Die zweite Vorlagefrage betrifft die Aktivlegitimation hinsichtlich einer bestimmten Fallkonstellation, und zwar wenn die Mitglieder der Gelegenheitsgesellschaft zwar alle zusammen geklagt haben, aber die Klage eines ihrer Mitglieder unzulässig ist.

77. Auf die erste und dritte Vorlagefrage ist demnach zu antworten, dass Artikel 1 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Rechtsvorschrift nicht entgegensteht, nach der die Mitglieder einer Gelegenheitsgesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die sich als solche an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beteiligt und nicht den Zuschlag erhalten hat, nur alle zusammen — in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder in ihrem eigenen Namen –, Klage gegen die Entscheidung über die Vergabe des genannten Auftrags erheben können, und nach der ein einzelnes Mitglied einer solchen Gelegenheitsgesellschaft als Einzelner die Vergabeentscheidung weder in seiner Eigenschaft als Gesellschafter noch im eigenen Namen nachprüfen lassen kann. Das gilt unter der Voraussetzung, dass diese nationale Regel die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert. Das ist dann der Fall, wenn das nationale Recht abweichende Lösungen durch die Mitglieder der Bietergemeinschaft erlaubt.

79. Damit ist die Rechtsfrage angesprochen, ob gemäß Gemeinschaftsrecht hinsichtlich der nationalen Einstimmigkeitsregel nach der Ursache der fehlenden Einstimmigkeit zu differenzieren ist.

80. Nach Auffassung der Kommission wie von FOREM lautet die Antwort, wenn auch aus verschiedenen Gründen: nein.

81. Wie Österreich zu Recht betont, ist die zweite Vorlagefrage im Lichte der Grundsätze der Äquivalenz und der Wirksamkeit — oder, wie oben dargelegt, anhand des in Artikel 1 der Richtlinie ausdrücklich normierten Grundsatzes eines raschen und wirksamen Rechtsschutzes — zu beantworten.

82. Diese Grundsätze könnten in bestimmten Sachverhalten oder im Hinblick auf bestimmte nationale Rechtsvorschriften verletzt sein. In diesem Vorabentscheidungsverfahren geht es um die Frage, welche Grenzen diese beiden Grundsätze den Wirkungen setzen, die sich aus der Anwendung der Einstimmigkeitsregel in einer Konstellation wie der des Ausgangsverfahrens ergeben.

83. Wie das Urteil in der Rechtssache Santex [16] deutlich zeigt, und in Gegenüberstellung zur Rechtssache Universale Bau [17], sind bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer nationalen Verfahrensvorschrift im Lichte der beiden Grundsätze auch die Umstände des konkreten Sachverhalts einzubeziehen. So kann die Gemeinschaftsrechtswidrigkeit einer Regel, die auf den ersten Blick den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts entspricht, erst in bestimmten Konstellationen zu Tage treten.

84. In einem Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 234 EG hat sich der Gerichtshof jedoch auf die Beantwortung der Vorlagefragen zu beschränken und keine allgemeinen gutachterlichen Aussagen zu treffen. Infolgedessen ist auf andere Konstellationen als im Ausgangsverfahren und deren rechtliche Beurteilung im Lichte des Gemeinschaftsrechts nicht einzugehen.

85. Das verfahrensgegenständliche nationale Gebot, die internen Willensbildungsvorschriften in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens einzuhalten, verstößt jedenfalls nicht gegen die Gebote eines raschen und wirksamen Rechtsschutzes.

86. Auf die zweite Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass die Antwort auf die erste Vorlagefrage nicht anders ausfällt, wenn die Mitglieder der Gelegenheitsgesellschaft zwar alle zusammen geklagt haben, aber die Klage eines ihrer Mitglieder unzulässig ist.

16 — Urteil in der Rechtssache C-327/00 (zitiert in Fußnote 12).

17 — Urteil vom 12. Dezember 2002 in der Rechtssache C-470/99 (Universale-Bau u. a., Slg. 2002, I-11617).

V — Ergebnis

87. Nach alledem wird dem Gerichtshof vorgeschlagen, die Vorlagefragen wie folgt zu beantworten:

1. Artikel 1 der Richtlinie 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 ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Rechtsvorschrift nicht entgegensteht, nach der

   — die Mitglieder einer Gelegenheitsgesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit, die sich als solche an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags beteiligt und nicht den Zuschlag erhalten hat, nur alle zusammen — in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter oder in ihrem eigenen Namen — Klage gegen die Entscheidung über die Vergabe des genannten Auftrags erheben können;

   — ein einzelnes Mitglied einer solchen Gelegenheitsgesellschaft als Einzelner die Vergabeentscheidung weder in seiner Eigenschaft als Gesellschafter noch im eigenen Namen nachprüfen lassen kann.

   Das gilt unter der Voraussetzung, dass diese nationale Regel die Anwendung des Gemeinschaftsrechts nicht unmöglich macht oder übermäßig erschwert. Diesen Grundsätzen wird jedenfalls dann entsprochen, wenn das nationale Recht abweichende Lösungen durch die Mitglieder der Bietergemeinschaft erlaubt.

2. Die Antwort auf die Frage fällt nicht anders aus, wenn die Mitglieder der Gelegenheitsgesellschaft zwar alle zusammen geklagt haben, aber die Klage eines ihrer Mitglieder nach nationalem Recht unzulässig ist.