URTEIL DES GERICHTSHOFES (Sechste Kammer)

23. Januar 2003 *

In der Rechtssache C-57/01

betreffend ein dem Gerichtshof nach Artikel 234 EG vom Dioikitiko Efeteio Athen (Griechenland) in dem bei diesem anhängigen Rechtsstreit

Makedoniko Metro

und

Michaniki AE

gegen

Elliniko Dimosio

vorgelegtes Ersuchen um Vorabentscheidung über die Auslegung der Richtlinien 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 Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

* Verfahrenssprache: Griechisch.

(ABl. L 209, S. 1) und 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54)

erlässt

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

unter Mitwirkung des Richters C. Gulmann in Wahrnehmung der Aufgaben des Präsidenten der Sechsten Kammer, des Richters V. Skouris, der Richterinnen F. Macken und N. Colneric sowie des Richters J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter),

Generalanwältin: C. Stix-Hackl
Kanzler: H. A. Rühl, Hauptverwaltungsrat

unter Berücksichtigung der schriftlichen Erklärungen

— der Makedoniko Metro und der Michaniki AE, vertreten durch G. Karydis, A. Pliakos und N. I. Kampas, Dikigoroi,

— der griechischen Regierung, vertreten duch V. Kyriazopoulos, C. Georgiadis und D. Tsangarakis als Bevollmächtigte,

— die österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann als Bevollmächtigten,

— der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch M. Nolin und P. Panayotopoulos als Bevollmächtigte,

aufgrund des Sitzungsberichts,

nach Anhörung der mündlichen Ausführungen der Makedoniko Metro und der Michaniki AE, vertreten durch G. Karydis und A. Pliakos, der griechischen Regierung, vertreten durch V. Kyriazopoulos, und der Kommission, vertreten durch M. Nolin und M. Konstantinidis als Bevollmächtigten, in der Sitzung vom 6. Juni 2002

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 11. Juli 2002,

folgendes

Urteil

1 Das Dioikitiko Efeteio Athen hat mit Beschluss vom 26. Oktober 2000, beim Gerichtshof eingegangen am 9. Februar 2001, gemäß Artikel 234 EG eine Frage nach der Auslegung der Richtlinien 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 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, im Folgenden: Richtlinie 89/665) und 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

2 Diese Frage stellt sich in einem Rechtsstreit zwischen der Bietergemeinschaft Makedoniko Metro (im Folgenden: Makedoniko Metro) und der Gesellschaft Michaniki AE (im Folgenden: Michaniki) auf der einen Seite und dem griechischen Staat auf der anderen Seite wegen eines Auftrags für die Errichtung einer Untergrundbahn in der Stadt Saloniki (Griechenland).

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Artikel 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, 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 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."

4 Artikel 2 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 sieht vor:

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

a) ...

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 Nach Artikel 5 der Richtlinie 89/665 mussten die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 1991 die erforderlichen Maßnahmen treffen, um der Richtlinie nachzukommen.

6 Die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 185, S. 5), die mehrfach geändert wurde, ist durch die Richtlinie 93/37 aufgehoben und ersetzt worden.

7 Artikel 1 Buchstaben a und d der Richtlinie 93/37 lautet:

„Im Sinne dieser Richtlinie

a) gelten als *öffentliche Bauaufträge*: die zwischen einem Unternehmer und einem unter Buchstabe b näher bezeichneten öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang II genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks im Sinne des Buchstabens c oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen;

...

d) gelten als *öffentliche Baukonzessionen* Verträge, die von den unter Buchstabe a genannten Verträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Arbeiten ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht".

8 Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 bestimmt:

„Schließen die öffentlichen Auftraggeber öffentliche Baukonzessionsverträge ab, so finden die in Artikel 11 Absätze 3, 6, 7 und 9 bis 13 und in Artikel 15 enthaltenen Bekanntmachungsvorschriften Anwendung, wenn der Auftragswert [eine bestimmte Summe] oder mehr beträgt."

9 Nach den Artikeln 4 bis 6 der Richtlinie 93/37 gilt diese vorbehaltlich einiger Ausnahmen für öffentliche Bauaufträge, die einen bestimmten Betrag überschreiten.

10 Artikel 21 der Richtlinie 93/37 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."

11 Diese Vorschrift entspricht im Wesentlichen Artikel 21 der Richtlinie 71/305, an dessen Stelle sie getreten ist.

12 Durch Artikel 36 Absatz 1 der Richtlinie 93/37 ist die Richtlinie 71/305 „unbeschadet der Pflichten der Mitgliedstaaten hinsichtlich der in Anhang VII genannten Umsetzungs- und Anwendungs[fristen] aufgehoben" worden. Nach diesem Anhang musste die Hellenische Republik Artikel 21 der Richtlinie 71/305 bis zum 1. Januar 1981 umsetzen.

13 Nach Artikel 36 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 gelten Bezugnahmen auf die aufgehobene Richtlinie 71/305 als Bezugnahmen auf die Richtlinie 93/37.

Nationales Recht

14 Nach dem Vorlagebeschluss gelten für das im Ausgangsverfahren in Rede stehende Ausschreibungsverfahren vor allem das Gesetz Nr. 1418/1984 (23 A) mit dem Titel „Öffentliche Arbeiten und Regelungen damit zusammenhängender Fragen" und das Präsidialdekret Nr. 609/1985 (223 A). Diese Rechtsquellen sehen unter bestimmten Voraussetzungen die Substitution eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft vor, der in der betreffenden Ausschreibung der Zuschlag erteilt worden ist. Diese Substitution, die stets nach Genehmigung durch den Bauherrn erfolgt, ist nur im Stadium der Durchführung der Arbeiten vorgesehen, d. h. dem Stadium, das auf die Unterzeichnung des Vertrages zwischen dem Auftragnehmer und dem Bauherrn folgt, nicht aber in dem Stadium, das der Vergabe des Auftrags vorausgeht.

Ausgangsverfahren und Vorlagefrage

15 Der griechische Staat beschloss, eine internationale Ausschreibung für die Planung, die Errichtung, die Eigenfinanzierung und den Betrieb einer Untergrundbahn für Saloniki mit veranschlagten Kosten in Höhe von 65 000 000 000 GRD durchzuführen. Dieser Auftrag sollte in einer Form von nichtoffenem Verfahren vergeben werden, das sechs Phasen umfasste: Vorauswahl der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber, Abgabe der Angebote durch die vorausgewählten Bewerber, Prüfung ihrer technischen Angebote, Prüfung ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Angebote, Verhandlungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem als vorläufiger Zuschlagsempfänger bestimmten Bieter und Unterzeichnung des Vertrages.

16 Der griechische Minister für Umwelt, Raumordnung und öffentliche Arbeiten (im Folgenden: Minister) genehmigte die Bekanntmachung des Auftrags, durch die die erste Phase des Verfahrens eingeleitet wurde (Vorauswahl der Bewerber). Am Ende dieser Phase wurden acht Bietergemeinschaften, die sich beworben hatten, darunter Makedoniko Metro und die Bietergemeinschaft Thessaloniki Metro (im Folgenden: Thessaloniki Metro), zur Abgabe eines Angebots zugelassen.

17 Mit Entscheidung vom 1. Februar 1993 genehmigte der Minister die Ausschreibungsunterlagen für die zweite Phase des Verfahrens (Abgabe der Angebote durch die vorausgewählten Bewerber), zu denen insbesondere die ergänzende Auftragsbekanntmachung (im Folgenden: ergänzende Bekanntmachung) und die besonderen Verdingungsunterlagen gehörten.

18 Artikel 6 Absatz 2 der ergänzenden Bekanntmachung bestimmte, dass die vorausgewählten Gruppen so zur Teilnahme berechtigt sind, wie sie sich in der ersten Phase des Verfahrens zusammengesetzt haben, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften oder anderen Formen der Zusammenarbeit zwischen ihnen ausdrücklich ausgeschlossen ist und dass die Erweiterung einer Gruppe um neue Mitglieder möglich ist, wobei diese jedoch in keinem Fall zu anderen Gruppen gehören durften, die zur Teilnahme an der zweiten Phase des Verfahrens vorausgewählt worden waren.

19 Nach Artikel 12 Absatz 2 der ergänzenden Bekanntmachung musste die Akte jedes einzelnen Bewerbers alle Unterlagen umfassen, die belegen, dass der Bewerber die Rechtsform einer Bietergemeinschaft hat, insbesondere eine notarielle Urkunde, die die Bildung einer Bietergemeinschaft zwischen allen Mitgliedern der vorausgewählten Gruppe einschließlich der eventuellen neuen Mitglieder gemäß Artikel 6 der genannten ergänzenden Bekanntmachung bescheinigt. Nach Artikel 12 Absätze 3 und 4 der ergänzenden Bekanntmachung musste die Akte auch beglaubigte Protokolle der Verwaltungsratssitzungen aller Mitglieder der Bietergemeinschaft enthalten, durch die die Beteiligung der Mitglieder an der Bietergemeinschaft genehmigt wurde, sowie von den zuständigen Behörden be-

glaubigte Kopien der Satzungen der eventuellen neuen Mitglieder der Bietergemeinschaft. Schließlich mussten nach Artikel 12 Absatz 6 der ergänzenden Bekanntmachung in der Akte alle die eventuellen neuen Mitglieder einer Bietergemeinschaft betreffenden Angaben enthalten sein, die in Artikel 7 Absätze 1 bis 4 der Bekanntmachung über die erste Phase des Ausschreibungsverfahrens genannt waren.

20 Nach Artikel 7 Absatz 2 der letztgenannten Bekanntmachung hatten die Bietergemeinschaften ihre Absichten in Bezug auf den Umfang ihrer Beteiligung an der Finanzierung der Arbeiten zu erläutern und eine Erklärung vorzulegen, dass sie bereit sind, das erforderliche Kapital beizusteuern, durch das über irgendwelche Zuschüsse hinaus die Fertigstellung, die Erhaltung und das Funktionieren der Anlage sichergestellt wird.

21 Nach Artikel 7 Absatz 3 derselben Bekanntmachung war jedes Bau- und Projektierungsunternehmen verpflichtet, eine Bescheinigung über die Eintragung in das Berufsregister des Landes, in dem es niedergelassen ist, und Belege über seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie über seine technische Leistungsfähigkeit und Eignung vorzulegen, und nach Artikel 7 Absatz 4 der genannten Bekanntmachung hatten die Unternehmen der Bietergemeinschaft, die sich speziell mit dem Betrieb der Anlage befassen sollten, geeignete Bescheinigungen vorzulegen und ihre Befähigung und ihre Erfahrung im Zusammenhang mit dem Betrieb von Einrichtungen des Verkehrswesens und insbesondere von Untergrundbahnen nachzuweisen.

22 Aus den Bestimmungen der Bekanntmachung geht hervor, dass in der zweiten Phase des Verfahrens die Möglichkeit vorgesehen war, dass sich eine in der ersten Phase vorausgewählte Bietergemeinschaft um neue Mitglieder erweitert, dass jedoch diese Erweiterung nur bis zu dem Zeitpunkt möglich war, der für die Vorlage der Angebote der Bewerber festgesetzt war.

23 In der zweiten Phase des Verfahrens legten u. a. Makedoniko Metro und Thessaloniki Metro technische Angebote, wirtschaftliche Studien und finanzielle Angebote vor.

24 Mitglieder von Makedoniko Metro waren zum Zeitpunkt der Vorauswahl die Gesellschaften Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA und Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl mit einer jeweiligen Beteiligung von 70 %, 20 %, 5 % und 5 %.

25 In der zweiten Phase des Verfahrens wurde die Bietergemeinschaft Makedoniko Metro um die AEG Westinghouse Transport Systems GmbH erweitert. Die Beteiligungen der oben genannten vier Gesellschaften beliefen sich nun auf 63 %, 17 %, 5 % und 5 %, während die Beteiligung der AEG Westinghouse Transport Systems GmbH 10 % betrug. Diese Zusammensetzung hatte Makedoniko Metro, als sie am 14. Juni 1994 als vorläufige Zuschlagsempfängerin bestimmt wurde. Sie wird von den Parteien des Ausgangsverfahrens nicht bestritten.

26 Nach der Bildung des Verhandlungsausschusses mit Entscheidung vom 24. Juni 1994 und dem Beginn der Verhandlungen zwischen dem griechischen Staat und Makedoniko Metro als vorläufiger Zuschlagsempfängerin teilte diese dem Minister mit Schreiben vom 29. März 1996 eine neue Zusammensetzung mit Michaniki, ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (im Folgenden: Adtranz) und der aus der Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, der Fidel SpA und der Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl bestehenden Fidel Group als Mitgliedern mit Beteiligungen in Höhe von 80 % für Michaniki, 19 % für Adtranz und 1 % für die Fidel Group).

27 Auf Fragen im Zusammenhang mit Gerüchten, dass die Mitglieder der Fidel Group in Konkurs gefallen seien und sich in Liquidation befänden, teilte Makedoniko Metro dem Ausschuss für große Bauvorhaben mit Schreiben vom 14. Juni 1996 mit, dass die Gesellschaften dieser Gruppe nicht mehr an Makedoniko Metro beteiligt seien und dass deren Mitglieder derzeit die Gesellschaften Michaniki, Adtranz sowie Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult) mit einer jeweiligen Beteiligung in Höhe von 80,65 %, 19 % und 0,35 % seien. Die notarielle Urkunde über die Bildung von Makedoniko Metro in dieser Zusammensetzung wurde der Verwaltung nicht vorgelegt. Sie wurde am 27. November 1996 unterzeichnet. In dieser Zusammensetzung erhob Makedoniko Metro auch die Klage im Ausgangsverfahren.

28 Der Minister stellte wesentliche Abweichungen der Positionen der Makedoniko Metro von den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen fest und sah die Verhandlungen deshalb als gescheitert an. Er erklärte daher mit Entscheidung vom 29. November 1996 die Verhandlungen zwischen dem griechischen Staat und Makedoniko Metro für beendet und lud Thessaloniki Metro als die erste Anwärterin auf den vorläufigen Zuschlag zu Verhandlungen ein.

29 Am 10. Dezember 1996 beantragte Makedoniko Metro beim griechischen Symvoulio tis Epikrateias (Staatsrat) die Aufhebung der Entscheidung des Ministers vom 29. November 1996. Mit Urteil Nr. 971/1998 vom 6. März 1998 wies der Staatsrat diesen Antrag mit der Begründung zurück, dass Makedoniko Metro nach Abgabe der Angebote und nach ihrer Auswahl als vorläufige Zuschlagsempfängerin nicht mehr berechtigt gewesen sei, ihre Zusammensetzung zu ändern und dennoch weiter am streitigen Verfahren teilzunehmen; sie könne daher in dieser neuen Zusammensetzung nicht die Aufhebung der angefochtenen Handlung verlangen.

30 Außerdem erhoben Makedoniko Metro und Michaniki beim Trimeles Dioikitiko Protodikeio Athen (Griechenland) Klage auf Feststellung, dass der griechische Staat verpflichtet ist, als Entschädigung und als finanziellen Ausgleich für den immateriellen Schaden, den sie durch die rechtswidrige Handlung und Unterlassung der Verwaltung erlitten hatten, bestimmte Beträge zu zahlen. Mit Urteil Nr. 3794/1999 vom 30. April 1999 wies das genannte Verwaltungsgericht die Klage mit der Begründung ab, dass Makedoniko Metro in ihrer neuen Zusammensetzung, in der sie die Klage erhoben habe, nicht zur Forderung von Schadensersatz berechtigt sei.

31 Gegen dieses Urteil legten Makedoniko Metro und Michaniki Berufung beim Dioikitiko Efeteio Athen ein, das das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Frage zur Vorabentscheidung vorgelegt hat:

Ist eine Änderung der Zusammensetzung einer an Ausschreibungen für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge teilnehmenden Arbeitsgemeinschaft, die nach der

Vorlage von Angeboten und der Auswahl der Arbeitsgemeinschaft als vorläufige Zuschlagsempfängerin erfolgt und von der Vergabestelle stillschweigend gebilligt wird, dahin auszulegen, dass sie dazu führt, dass die Arbeitsgemeinschaft ihr Recht, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, und demzufolge auch ihr Recht oder ihr Interesse daran verliert, dass der Auftrag für die Durchführung der Arbeiten an sie vergeben wird?

Steht eine solche Auslegung im Einklang mit den Vorschriften und dem Geist der Richtlinien 93/37/EWG und 89/665/EWG?

Zum Antrag auf Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung

32 Mit Schreiben vom 15. Juli 2002 hat Makedoniko Metro beantragt, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen, „damit der Gerichtshof über den Gegenstand des nationalen Verfahrens, das Anlass zu den Vorlagefragen gegeben hat, unterrichtet werden kann".

33 Zur Stützung ihres Antrags beanstandet Makedoniko Metro insbesondere Nummer 35 der Schlussanträge der Generalanwältin, in der diese die Vorlagefrage umformuliert, und Nummer 79 der Schlussanträge, in der der Gegenstand der Vorlagefrage näher erläutert wird. Die Generalanwältin vertrete zu Unrecht die Auffassung, dass die nationalen Behörden eine Entscheidung getroffen hätten, durch die Makedoniko Metro aufgrund der Änderung ihrer Zusammensetzung vom streitigen Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sei. Der öffentliche Auftraggeber habe nämlich zu keinem Zeitpunkt eine Entscheidung getroffen, durch die Makedoniko Metro aufgrund der Änderung ihrer Zusammensetzung von diesem Verfahren ausgeschlossen worden sei, und deshalb könne das Ausgangsverfahren auch keine derartige Entscheidung zum Gegenstand haben.

34 Gemäß Artikel 61 seiner Verfahrensordnung kann der Gerichtshof die mündliche Verhandlung von Amts wegen, auf Vorschlag des Generalanwalts oder auch auf

Antrag der Parteien wieder eröffnen, wenn er sich für unzureichend unterrichtet hält oder ein zwischen den Parteien nicht erörtertes Vorbringen für entscheidungserheblich erachtet (vgl. Urteile vom 10. Februar 2000 in den Rechtssachen C-270/97 und C-271/97, Deutsche Post, Slg. 2000, I-929, Randnr. 30, und vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-299/99, Philips, Slg. 2002, I-5475, Randnr. 20).

35 Zum Vorbringen von Makedoniko Metro ist jedoch auf Folgendes hinzuweisen: Zum einen kann der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung eine Vorlagefrage gegebenenfalls umformulieren, um die Grenzen seiner Befugnisse einzuhalten und dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben (vgl. in diesem Sinn Urteile vom 4. Mai 1993 in der Rechtssache C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 8, und vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98, Teckal, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 33); zum anderen liegt die Bestimmung des Gegenstands des Ausgangsverfahrens beim nationalen Gericht.

36 Die Ausführungen, die Makedoniko Metro im Rahmen einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung machen möchte, betreffen ausschließlich Fragen, die in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts fallen.

37 Angesichts dieser Erwägungen ist der Gerichtshof nach Anhörung der Generalanwältin der Auffassung, dass der Antrag von Makedoniko Metro keine Angaben enthält, die eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung sachdienlich oder notwendig erscheinen lassen.

38 Der Antrag von Makedoniko Metro ist folglich zurückzuweisen.

Zur Vorlagefrage

Beim Gerichtshof eingereichte Erklärungen

39 Makedoniko Metro und Michaniki machen geltend, dass die Entscheidung vom 29. November 1996 über den Abbruch der Verhandlungen zwischen dem griechischen Staat und Makedoniko Metro nicht auf der Änderung der Zusammensetzung dieser Gruppe beruhe. Die Entscheidung habe Makedoniko Metro im Gegenteil so behandelt, als sie sei weiterhin Bieterin, d. h., als habe sie trotz der Änderungen in ihrer Zusammensetzung das formelle Recht behalten, an der in Rede stehenden Ausschreibung teilzunehmen. In ihrer endgültigen Zusammensetzung sei Makedoniko Metro folglich weiterhin an den sich aus dem streitigen Ausschreibungsverfahren ergebenden Rechtsbeziehungen beteiligt gewesen und könne deshalb Aktivlegitimation und ein berechtigtes Interesse daran geltend machen, Entschädigung wegen Verstoßes gegen die Richtlinie 93/37 und wegen Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter zu beantragen, der als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts auch für den im Ausgangsverfahren in Rede stehenden öffentlichen Auftrag gelte (selbst wenn dieser als öffentliche Baukonzession zu qualifizieren wäre). Es handele sich hier um einen klassischen Fall eines öffentlichen Bauauftrags, doch selbst wenn der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Vertrag als Konzessionsvertrag zu qualifizieren wäre, wäre die Richtlinie 89/665 anzuwenden, weil sie nur eine besondere Ausformung des allgemeinen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes für Rechtsunterworfene sei, die von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens betroffen seien.

40 Nach Ansicht von Makedoniko Metro und Michaniki ist die Vorlagefrage dahin zu beantworten, dass die Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einer Ausschreibung zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags oder zur Erteilung einer öffentlichen Baukonzession teilgenommen habe, dann, wenn sie vom öffentlichen Auftraggeber stillschweigend geduldet werde, nach Abgabe der Angebote und Auswahl der Bietergemeinschaft als vorläufige Zuschlagsempfängerin erfolge und darüber hinaus in der Entscheidung über die Beendigung der Verhandlungen und den Ausschluss der Bietergemeinschaft vom weiteren Verfahren nicht als Grund erwähnt sei, weder dazu führen könne, dass

die betreffende Bietergemeinschaft ihre Eigenschaft als Bieter verliere, noch dazu, dass ihr oder ihren Mitgliedern das Interesse oder Recht, den Zuschlag zu erhalten, oder demzufolge das berechtigte Interesse oder die Aktivlegitimation genommen werde, ihre vom Gemeinschaftsrecht verliehenen und den Gegenstand des streitigen Verfahrens bildenden Rechte geltend zu machen. Jede gegenteilige Auslegung der einschlägigen nationalen Bestimmungen würde Geist und Buchstaben der Richtlinie 93/37, der Richtlinie 89/665 und insbesondere des allgemeinen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes verletzen.

41 Die griechische Regierung trägt vor, dass die Richtlinien 93/37 und 89/665 die Frage einer Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft nicht erwähnten.

42 Da die Frage der Zulässigkeit einer Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einer Ausschreibung für die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags teilnehme, im Gemeinschaftsrecht nicht geregelt sei, gälten die einschlägigen Vorschriften des nationalen Rechts, die die Substitution eines Mitglieds einer Bietergemeinschaft während des Verfahrensabschnitts, der der Auftragsvergabe vorangehe, nicht zuließen.

43 Die griechische Regierung kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass die Vorlagefrage zu bejahen ist.

44 Die österreichische Regierung vertritt die Ansicht, dass die Vorlagefrage dahin umzuformulieren sei, ob die Bestimmungen der Richtlinie 93/37 einer Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nach Vorlage von Angeboten entgegenstünden und dies dazu führe, dass die Arbeitsgemeinschaft ihr Recht, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, und demzufolge auch ihr Recht oder ihr Interesse daran verliere, dass der Auftrag für die Durchführung der Arbeiten an sie vergeben werde.

45 Die Richtlinie 93/37 enthalte lediglich rudimentäre Bestimmungen betreffend Arbeitsgemeinschaften. Sie solle die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten wollten. Die Angaben im Vorlagebeschluss ließen keinerlei Hinweis auf einen Verstoß gegen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts erkennen.

46 Vor diesem Hintergrund gelangt die österreichische Regierung zu dem Schluss, dass die umformulierte Vorlagefrage wie folgt zu beantworten sei: Die Bestimmungen der Richtlinie 93/37 stehen einer Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nach Vorlage von Angeboten nicht entgegen. Die Arbeitsgemeinschaft verliert aufgrund der Bestimmungen der Richtlinie 93/37 nicht ihr Recht, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, und demzufolge auch nicht ihr Recht oder ihr Interesse daran, dass der Auftrag für die Durchführung der Arbeiten an sie vergeben wird.

47 Nach Auffassung der Kommission könnte der erste Teil der Vorlagefrage dahin gehend verstanden werden, dass sich der Gerichtshof zur Auslegung des nationalen Rechts äußern soll, wofür er jedoch nicht zuständig sei. Um diese Schwierigkeit zu beheben und dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben, schlägt die Kommission vor, die Frage umzuformulieren und in Form von drei getrennten Fragen zu prüfen:

1. Enthält die Richtlinie 93/37 Vorschriften, die die Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die bereits ein Angebot eingereicht hat, gestatten oder untersagen? Kann insbesondere ein Mitgliedstaat in sein nationales Recht und ein öffentlicher Auftraggeber in die Verdingungsunterlagen Vorschriften aufnehmen, die die Bieter unter Androhung eines Ausschlusses verpflichten, die Zusammensetzung während eines Vergabeverfahrens nicht zu ändern?

2. Lässt das Gemeinschaftsrecht zu, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Verhandlungen mit einem Bieter fortsetzt, der seine Zusammensetzung unter Verstoß gegen die Vorschriften des nationalen Rechts oder der Verdingungsunterlagen geändert hat?

3. Berührt eine gegen nationales Recht oder die Verdingungsunterlagen verstoßende Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft die Ausübung der Rechte, die die Bietergemeinschaft auf der Grundlage der Richtlinie 89/665 geltend machen könnte, insbesondere das Recht, Schadensersatz zu verlangen?

48 Zur ersten Frage führt die Kommission aus, dass die Richtlinie 93/37 keine Vorschriften enthalte, die die Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft ausdrücklich regelten. Die einzige Vorschrift über Bietergemeinschaften sei Artikel 21 der Richtlinie, der vorsehe, dass Bietergemeinschaften Angebote einreichen könnten, ohne dass vor der Zuschlagserteilung eine bestimmte Rechtsform von ihnen verlangt werden dürfe. Die Richtlinie 93/37 enthalte keine Vorschriften, die die öffentlichen Auftraggeber verpflichteten, hinsichtlich dieses Aspektes des Verfahrens auf eine bestimmte Weise vorzugehen. Es bleibe daher der nationalen Rechtssetzung oder einer Ad-hoc-Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers überlassen, das Nähere zu regeln.

49 Diese Erwägungen, die sich auf die allgemeine Systematik der Richtlinie 93/37 bezögen, gälten auch für öffentliche Baukonzessionen. Die besondere Regelung, die die Richtlinie 93/37 für Baukonzessionen vorsehe, beschränke sich nämlich auf Bekanntmachungsvorschriften und lasse dem Konzessionsgeber die Freiheit, die Bedingungen für die Auswahl der Bewerber und die Erteilung der Konzession nach den Vorschriften seines nationalen Rechts festzulegen.

50 Die Kommission schlägt daher vor, auf die umformulierte erste Frage zu antworten, dass die Richtlinie 93/37 keine Vorschriften enthält, die einer Be-

stimmung des nationalen Rechts oder Verdingungsunterlagen entgegenstehen, wonach die Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft ab einer bestimmten Phase des Vergabeverfahrens, insbesondere nach der Abgabe eines Angebots, nicht mehr zulässig ist.

51 Zur umformulierten zweiten Frage vertritt die Kommission die Auffassung, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung von Bietern verletzt sei, wenn ein öffentlicher Auftraggeber zugunsten eines Bieters einseitig die in den Verdingungsunterlagen als unveränderbar festgelegten Bedingungen ändern könne, ohne durch eine Wiedereröffnung des gesamten Vergabeverfahren den anderen — auch potenziellen — Bietern die Möglichkeit zu geben, von dieser Änderung zu profitieren.

52 Auf diese Frage sei daher zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht es nicht zulasse, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Verhandlungen mit einem Bieter fortsetze, der seine Zusammensetzung unter Verstoß gegen die Vorschriften des nationalen Rechts oder der Verdingungsunterlagen geändert habe.

53 Hinsichtlich der dritten umformulierten Frage weist die Kommission darauf hin, dass nach Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 nur Entscheidungen nachgeprüft werden könnten, die angeblich gegen das Gemeinschaftsrecht oder gegen die dieses umsetzenden einzelstaatlichen Vorschriften verstießen. Diese Bestimmung verpflichte daher die Mitgliedstaaten nicht, Verfahren zur Nachprüfung von im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffenen Entscheidungen vorzusehen, die nationale Rechtsvorschriften verletzten, die nicht Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens umsetzten.

54 Auf die dritte umformulierte Frage sei daher zu antworten, dass die Änderung der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die gegen nationale Rechtsvorschriften oder die Verdingungsunterlagen verstoße, nicht die Ausübung der Rechte berühre, die die Bietergemeinschaft auf der Grundlage der Richtlinie

89/665 geltend machen könnte, insbesondere nicht das Recht, Schadensersatz zu verlangen, sofern die Gründe für den Ausschluss dieser Bietergemeinschaft gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder die dieses umsetzenden nationalen Rechtsvorschriften verstießen.

Würdigung durch den Gerichtshof

55 Der Gerichtshof ist im Rahmen von Artikel 234 EG weder zur Auslegung innerstaatlicher Rechts- oder Verwaltungsvorschriften noch zu Äußerungen über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht befugt. Er kann indessen dem vorlegenden Gericht Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben, die es diesem ermöglichen, die ihm vorliegende Rechtsfrage zu beantworten (Urteile Distribuidores Cinematográficos, Randnr. 8, und Teckal, Randnr. 33).

56 Ferner kann der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung im Fall ungenau formulierter Fragen aus den vom vorlegenden Gericht gemachten Angaben und aus den Akten des Ausgangsverfahrens diejenigen Elemente des Gemeinschaftsrechts ermitteln, die unter Berücksichtigung des Streitgegenstands einer Auslegung bedürfen (Urteile vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-168/95, Arcaro, Slg. 1996, I-4705, Randnr. 21, und Teckal, Randnr. 34).

57 Unter Berücksichtigung der Angaben im Vorlagebeschluss und des Umstands, dass das vorlegende Gericht die Frage sowohl im Hinblick auf die Richtlinie 93/37 als auch im Hinblick auf die Richtlinie 89/665 stellt, ist anzunehmen, dass das Gericht im Wesentlichen Folgendes wissen möchte:

1. Steht die Richtlinie 93/37 einer nationalen Regelung entgegen, die es untersagt, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einem Verfahren

zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags teilnimmt, nach Abgabe der Angebote zu ändern?

2. Eröffnet die Richtlinie 89/665 einer solchen Bietergemeinschaft Rechte auf Nachprüfung und, wenn ja, inwieweit?

58 Was den ersten Teil der Frage betrifft, geht aus dem Vorlagebeschluss nicht hervor, ob der im Ausgangsverfahren in Rede stehende Auftrag ein „öffentlicher Bauauftrag" oder eine „öffentliche Baukonzession" im Sinne der Richtlinie 93/37 ist. Es ist im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nicht Sache des Gerichtshofes, diese Frage zu beantworten. Die Frage ist daher für beide Fallkonstellationen zu untersuchen.

59 Sollte es sich um einen „öffentlichen Bauauftrag" im Sinne der Richtlinie 93/37 handeln, wäre diese Richtlinie nach Maßgabe ihrer Artikel 4 bis 6 anwendbar.

60 Die einzige Vorschrift der Richtlinie 93/37, die Bietergemeinschaften betrifft, ist Artikel 21. Diese Vorschrift bestimmt jedoch nur, dass auch Bietergemeinschaften Angebote einreichen können und dass die Annahme einer bestimmten Rechtsform von ihnen erst verlangt werden kann, wenn ihnen der Zuschlag erteilt worden ist.

61 Die Vorschrift enthält keine Bestimmung über die Zusammensetzung derartiger Bietergemeinschaften. Die Regelung der Zusammensetzung fällt deshalb in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten.

62 Dies gilt erst recht, wenn es im Ausgangsverfahren um eine „öffentliche Baukonzession" im Sinne der Richtlinie 93/37 gehen sollte. Aus Artikel 3 Absatz 1 dieser Richtlinie ergibt sich nämlich, dass ihr Artikel 21 auf derartige Konzessionen gar nicht anwendbar ist.

63 Folglich ist auf den ersten Teil der Vorlagefrage zu antworten, dass die Richtlinie 93/37 nicht einer nationalen Regelung entgegensteht, die es untersagt, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags oder zur Erteilung einer öffentlichen Baukonzession teilnimmt, nach Abgabe der Angebote zu ändern.

64 Zum zweiten Teil der Frage ist festzustellen, dass die Richtlinie 89/665 die Mitgliedstaaten in Artikel 1 Absatz 1 verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass Entscheidungen der Vergabebehörden, die im Rahmen von unter die einschlägigen Gemeinschaftsrichtlinien fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge getroffen wurden, wirksam und möglichst rasch auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

65 Wie aus Artikel 1 Absatz 3 hervorgeht, müssen die Mitgliedstaaten außerdem sicherstellen, dass das Nachprüfungsverfahren 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 oder zu entstehen droht.

66 Diese Umstände sind also bei der Prüfung der Frage zu berücksichtigen, ob eine Bietergemeinschaft wie Makedoniko Metro unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens Zugang zu den in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsbehelfen haben muss.

67 Insoweit ist zunächst daran zu erinnern, dass der Minister, wie aus dem Vorlagebeschluss hervorgeht und in Randnummer 28 dieses Urteils festgestellt worden ist, mit der Entscheidung vom 29. November 1996 wesentliche Abweichungen der Positionen der Makedoniko Metro von den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen feststellte und daher die Verhandlungen mit dieser Bietergemeinschaft für beendet erklärte.

68 Im Rahmen der Prüfung der Frage, ob die Entscheidung des Ministers unter den Begriff „Entscheidungen der Vergabebehörden" in Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665 fällt, ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof festgestellt hat, dass dieser Begriff Entscheidungen der Vergabebehörden umfasst, die den Regelungen des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unterliegen (Urteil vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00, HI, Slg. 2002, I-5553, Randnr. 37).

69 Was die Frage betrifft, ob derartige Regelungen auch im vorliegenden Fall gelten, ist daran zu erinnern, dass auch die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung, unterliegen, selbst wenn die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens keine speziell anwendbaren Vorschriften enthalten (Urteil vom 7. Dezember 2000 in der Rechtssache C-324/98, Telaustria et Telefonadress, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 47).

70 Soweit derartige Grundsätze auf eine im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags getroffene Entscheidung für anwendbar erachtet werden sollten, würde diese Entscheidung also auch unter die Regelungen fallen, die die Richtlinie 89/665 vorsieht, um die Beachtung der Vorschriften des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Auftragswesens sicherzustellen (vgl. Urteil HI, Randnr. 48).

71 Das vorlegende Gericht wird, falls erforderlich, unter Berücksichtigung der Umstände des Falles zu entscheiden haben, ob derartige Grundsätze im Ausgangsverfahren anwendbar sind.

72 Ferner wird das vorlegende Gericht zu prüfen haben, ob Makedoniko Metro auch in ihrer neuen Zusammensetzung ein Interesse an dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Auftrag hat oder hatte und ob ihr durch die Entscheidung des Ministers vom 29. November 1996 ein Schaden im Sinne von Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665 entstanden ist.

73 Auf den zweiten Teil der Vorlagefrage ist daher zu antworten, dass 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.

74 Nach alledem ist die vorgelegte Frage wie folgt zu beantworten:

1. Die Richtlinie 93/37 steht nicht einer nationalen Regelung entgegen, die es untersagt, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags oder zur Erteilung einer öffentlichen Baukonzession teilnimmt, nach Abgabe der Angebote zu ändern.

2. Einer Bietergemeinschaft müssen die in der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, soweit eine Entscheidung einer Ver-

gabebehörde die Rechte verletzt, die ihr nach dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zustehen.

Kosten

75 Die Auslagen der österreichischen Regierung und der Kommission, die Erklärungen vor dem Gerichtshof abgegeben haben, sind nicht erstattungsfähig. Für die Parteien des Ausgangsverfahrens ist das Verfahren ein Zwischenstreit in dem bei dem vorlegenden Gericht anhängigen Rechtsstreit; die Kostenentscheidung ist daher Sache dieses Gerichts.

Aus diesen Gründen

hat

DER GERICHTSHOF (Sechste Kammer)

auf die ihm vom Dioikitiko Efeteio Athen mit Beschluss vom 26. Oktober 2000 vorgelegte Frage für Recht erkannt:

1. **Die Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge steht nicht einer nationalen Regelung entgegen, die es untersagt, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags oder zur Erteilung einer öffentlichen Baukonzession teilnimmt, nach Abgabe der Angebote zu ändern.**

2. **Einer Bietergemeinschaft müssen die Rechtsbehelfe, die in 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 in der Fassung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vorgesehen sind, zur Verfügung stehen, soweit eine Entscheidung einer Vergabebehörde die Rechte verletzt, die ihr nach dem Gemeinschaftsrecht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags zustehen.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Verkündet in öffentlicher Sitzung in Luxemburg am 23. Januar 2003.

Der Kanzler

R. Grass

Der Präsident der Sechsten Kammer

J.-P. Puissochet