DOMSTOLENS DOM (Sjette Afdeling)

23. januar 2003 *

I sag C-57/01,

angående en anmodning, som Dioikitiko Efeteio Athinon (Grækenland) i medfør af artikel 234 EF har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Makedoniko Metro og

Michaniki AE

mod

Elliniko Dimosio,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelses-

* Processprog: græsk.

aftaler (EFT L 209, s. 1), samt af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54),

har

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

sammensat af fungerende formand for Sjette Afdeling, C. Gulmann, og dommerne V. Skouris, F. Macken, N. Colneric og J.N. Cunha Rodrigues (refererende dommer),

generaladvokat: C. Stix-Hackl
justitssekretær: ekspeditionssekretær H.A. Rühl,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Makedoniko Metro og Michaniki AE ved advokaterne G. Karydis, A. Pliakos og N.I. Kampas

— den græske regering ved V. Kyriazopoulos, C. Georgiadis og D. Tsangarakis, som befuldmægtigede

— den østrigske regering ved M. Fruhmann, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved M. Nolin og P. Panayotopoulos, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 6. juni 2002 er afgivet mundtlige indlæg af Makedoniko Metro og Michaniki AE ved G. Karydis og A. Pliakos, af den hellenske regering ved V. Kyriazopoulos og af Kommissionen ved M. Nolin og M. Konstantinidis, som befuldmægtiget,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 11. juli 2002,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 26. oktober 2000, indgået til Domstolen den 9. februar 2001, har Dioikitiko Efeteio Athinon (Athens appelret i forvaltningssager) i medfør af artikel 234 EF forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter (EFT L 395, s. 33), som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler (EFT L 209, s. 1, herefter »direktiv 89/665«), samt af Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 199, s. 54).

2 Dette spørgsmål er blevet rejst under en sag mellem sammenslutningen af entreprenører Makedoniko Metro (herefter »Makedoniko Metro«) og selskabet Michaniki AE og den hellenske stat vedrørende en kontrakt om opførelse af en bymetro i Thessaloniki (Grækenland).

Relevante retsregler

Fællesskabsbestemmelser

3 Artikel 1 i direktiv 89/665 bestemmer:

»1. Medlemsstaterne træffer, for så vidt angår procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for direktiv 71/305/EØF, 77/62/EØF og 92/50/EØF [...] de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger på de betingelser, der er anført i de følgende artikler, særlig artikel 2, stk. 7, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der omsætter denne ret.

2. Medlemsstaterne påser, at der mellem virksomheder, som kan gøre en skade gældende i forbindelse med en procedure for tildeling af kontrakter, ikke finder forskelsbehandling sted på grund af den sondring, der i dette direktiv foretages mellem de nationale regler, der omsætter fællesskabsretten, og de øvrige nationale regler.

3. Medlemsstaterne sikrer, at der er adgang til klageprocedurerne efter nærmere bestemmelser, som medlemsstaterne kan fastsætte, i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en offentlig indkøbs-, bygge- eller anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse. Medlemsstaterne kan navnlig kræve, at en person, der ønsker at gøre brug af en sådan procedure, på forhånd har underrettet den ordregivende myndighed om den påståede overtrædelse og om, at vedkommende agter at indgive klage.«

4 Artikel 2, stk. 1, i direktiv 89/665 bestemmer:

»Medlemsstaterne påser, at de foranstaltninger, der træffes med henblik på de i artikel 1 omhandlede klageprocedurer, omfatter de nødvendige beføjelser til:

a) [...]

b) at annullere eller foranledige annullering af ulovlige beslutninger, herunder at fjerne de diskriminerende tekniske, økonomiske eller finansielle specifikationer i udbudsmaterialet, i udbudsbetingelserne eller i andre dokumenter i forbindelse med den pågældende procedure for indgåelse af en kontrakt

c) at tilkende skadelidte personer skadeserstatning.«

5 I henhold til artikel 5 i direktiv 89/665 skulle medlemsstaterne sætte de nødvendige foranstaltninger i kraft for at efterkomme direktivet inden den 21. december 1991.

6 Rådets direktiv 71/305/EØF af 26. juli 1971 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter (EFT L 185, s. 5), senere ændret flere gange, er blevet ophævet og erstattet af direktiv 93/37.

7 Artikel 1, litra a) og d), i direktiv 93/37 lyder som følger:

»I dette direktiv forstås ved:

a) »offentlige bygge- og anlægskontrakter«, gensidigt bebyrdende kontrakter, som indgås skriftligt mellem en entreprenør på den ene side og en ordregivende myndighed som defineret under litra b) på den anden side, og som til genstand har enten udførelse eller både udførelse og projektering af arbejder vedrørende en af de i bilag II omhandlede former for virksomhed eller bygge- og anlægsarbejde som defineret under litra c) eller ved et hvilket som helst middel at lade et bygge- og anlægsarbejde udføre, som svarer til de af den ordregivende myndighed fastlagte behov

[...]

d) »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder«, en kontrakt med samme karakteristika som dem, der er omhandlet under litra a), bortset fra, at vederlaget for det arbejde, som skal præsteres, enten udelukkende består i retten til at udnytte bygge- og anlægsarbejdet, eller i denne ret sammen med betaling af en pris«.

8 Artikel 3, stk. 1, i direktiv 93/37 bestemmer:

»Indgår de ordregivende myndigheder en koncessionskontrakt om offentlige bygge- eller anlægsarbejder, anvendes bestemmelserne om offentliggørelse i artikel 11, stk. 3, 6, 7 og 9 til 13, og artikel 15 på denne kontrakt, når dens værdi andrager [et fastsat beløb].«

9 I henhold til artikel 4-6 i direktiv 93/37 finder dette med visse undtagelser anvendelse på offentlige bygge- og anlægskontrakter, hvis værdi overstiger et fastsat beløb.

10 Artikel 21 i direktiv 93/37 har følgende ordlyd:

»Der kan afgives bud af sammenslutninger af entreprenører. Det kan ikke forlanges af sådanne sammenslutninger, at de med henblik på afgivelse af bud antager en bestemt retlig form, men den udvalgte sammenslutning kan være nødsaget til at foretage en sådan ændring, når den har fået tildelt kontrakten.«

11 Denne bestemmelse er i det væsentlige identisk med artikel 21 i direktiv 71/305, som den har erstattet.

12 Artikel 36, stk. 1, i direktiv 93/37 ophæver direktiv 71/305, »dog uden at medlemsstaternes forpligtelser med hensyn til de i bilag VII anførte gennemførelses- og anvendelsesfrister berøres heraf«. I henhold til dette bilag var fristen for gennemførelse af artikel 21 i direktiv 71/305 for så vidt angår Den Hellenske Republik fastsat til den 1. januar 1981.

13 Artikel 36, stk. 2, i direktiv 93/37 bestemmer, at henvisninger til det ophævede direktiv 71/305 gælder som henvisninger til direktiv 93/37.

Nationale bestemmelser

14 Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den udbudsprocedure, som er omhandlet i hovedsagen, først og fremmest er omfattet af lov nr. 1418/1984 (23 A) om offentlige arbejder og hermed beslægtede områder samt af præsidentdekret nr. 609/1985 (223 A). Det fremgår af disse bestemmelser, at det under visse betingelser er tilladt at udskifte et medlem af en sammenslutning af entreprenører, som har fået tildelt en bestemt kontrakt. En sådan udskiftning, der altid foretages efter bygherrens godkendelse, kan kun ske under udførelsen af arbejderne, dvs. efter, at kontrakten mellem den vindende budgiver og bygherren er underskrevet, og ikke før tildelingen af kontrakten.

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

15 Den græske stat havde besluttet at afholde et internationalt udbud vedrørende projektering, opførelse, selv-finansiering og udnyttelse af bygge- og anlægsarbejdet »Metro i Thessaloniki«, med et budget på 65 000 000 000 GRD. Staten havde valgt at tildele kontrakten efter en form for et begrænset udbud, som var opdelt i seks faser: fasen for prækvalifikation af de ansøgere, som ville blive opfordret til at afgive bud, fasen for de prækvalificerede ansøgeres afgivelse af bud, fasen for bedømmelse af de tekniske bud, fasen for bedømmelse af de økonomiske og finansielle bud, fasen for den ordregivende myndigheds forhandlinger med den foreløbigt udvalgte entreprenør og fasen for undertegning af kontrakten.

16 Ved beslutning af 18. juni 1992 godkendte den græske minister for miljø, fysisk planlægning og offentlige arbejder (herefter »ministeren«) den udbudsbekendtgørelse, som indledte den første fase i proceduren (prækvalifikationsfasen). I denne fase blev otte sammenslutninger af entreprenører, der havde meldt sig som ansøgere, heriblandt Makedoniko Metro og Thessaloniki Metro, der var en sammenslutning af entreprenører (herefter »Thessaloniki Metro«), opfordret til at afgive bud.

17 Ved beslutning af 1. februar 1993 godkendte ministeren udbudsmaterialet for anden fase i proceduren (de prækvalificerede ansøgeres afgivelse af bud), herunder bl.a. den supplerende udbudsbekendtgørelse (herefter »den supplerende bekendtgørelse«) og de særlige udbudsbetingelser.

18 Det var i den supplerende bekendtgørelses artikel 6, stk. 2, præciseret, at de prækvalificerede sammenslutninger var berettigede til at deltage i den sammensætning, de havde i udbuddets første fase, at de udtrykkeligt var afskåret fra at danne sammenslutninger eller andre former for samarbejde imellem dem, og endelig at det var muligt at udvide en sammenslutning med et nyt medlem, for så vidt som dette medlem ikke under nogen form havde deltaget i andre sammenslutninger prækvalificeret til udbuddets anden fase.

19 Det fremgik af den supplerende bekendtgørelses artikel 12, stk. 2, at hver enkelt bydendes tilbudsmateriale skulle omfatte alle de dokumenter, der viste, at den bydende retligt havde form af en sammenslutning af entreprenører, heriblandt navnlig et for notar oprettet dokument, som viste, at der var dannet en sammenslutning af entreprenører bestående af alle medlemmerne af den prækvalificerede sammenslutning, herunder eventuelle nye medlemmer, i overensstemmelse med bestemmelserne i den supplerende bekendtgørelses artikel 6. I henhold til den supplerende bekendtgørelses artikel 12, stk. 3 og 4, skulle tilbudsmaterialet også indeholde bekræftede referater fra alle sammenslutningens

medlemmers bestyrelser, hvorved deres deltagelse i sammenslutningen blev godkendt, såvel som en af de kompetente myndigheder bekræftet genpart af vedtægterne for eventuelle nye medlemmer af sammenslutningen. Endelig krævede den supplerende bekendtgørelses artikel 12, stk. 6, at tilbudsmaterialet skulle indeholde alle de oplysninger, der var nævnt i artikel 7, stk. 1-4, i bekendtgørelsen vedrørende udbuddets første fase, for eventuelle nye medlemmer af sammenslutningen.

20 Artikel 7, stk. 2, i den sidstnævnte bekendtgørelse bestemte, at sammenslutningerne af entreprenører skulle redegøre for deres hensigter med hensyn til deres grad af deltagelse i finansieringen af arbejdet, og afgive en erklæring om, at de var indstillet på at bidrage med den nødvendige kapital, der — sammen med enhver form for tilskud — skulle sikre arbejdets færdiggørelse, vedligeholdelse og funktion.

21 Det var endvidere fastsat i denne bekendtgørelses artikel 7, stk. 3, at enhver bygge- og projekteringsvirksomhed var forpligtet til at fremlægge en attest for dens optagelse i erhvervsregistret i det land, hvor den havde hjemsted, og at fremlægge dokumentation til bevis for virksomhedens finansielle og økonomiske formåen såvel som for dens tekniske formåen og egnethed. Bekendtgørelsens artikel 7, stk. 4, bestemte, at de i sammenslutningen af entreprenører deltagende virksomheder, der særligt ville komme til at stå for udnyttelsen af bygge- og anlægsarbejdet, skulle fremlægge den nødvendige dokumentation for deres egnethed og erfaring med udnyttelse af offentlige transportmidler og navnlig metroer.

22 Det fremgår af bestemmelserne i de ovennævnte bekendtgørelser, når disse sammenholdes, at der i procedurens anden fase var givet mulighed for at udvide en sammenslutning af entreprenører, som er blevet prækvalificeret i den første fase, med nye medlemmer, men at en sådan udvidelse kun var mulig indtil den dato, der var fastsat for de bydendes afgivelse af bud.

23 I procedurens anden fase blev der indgivet tekniske bud, indleveret økonomiske analyser og afgivet finansielle bud af bl.a. Makedoniko Metro og Thessaloniki Metro.

24 På tidspunktet for prækvalifikationen bestod medlemmerne af Makedoniko Metro af selskaberne Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA og Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, der ejede andele på henholdsvis 70%, 20%, 5% og 5%.

25 Under procedurens anden fase blev sammenslutningen Makedoniko Metro udvidet med selskabet AEG Westinghouse Transport Systems GmbH. De fire ovennævnte selskaber ejede herefter andele på henholdsvis 63%, 17%, 5% og 5%, mens selskabet AEG Westinghouse Transport Systems GmbH's andel var på 10%. Makedoniko Metro havde denne sammensætning, da sammenslutningen den 14. juni 1994 blev udpeget som den foreløbigt valgte entreprenør. Denne sammensætning bestrides ikke af parterne i hovedsagen.

26 Efter nedsættelsen af forhandlingsudvalget ved beslutning af 24. juni 1994 og efter indledningen af forhandlingerne mellem den græske stat og Makedoniko Metro som den foreløbigt valgte entreprenør informerede Makedoniko Metro ved skrivelse af 29. marts 1996 ministeren om sammenslutningens nye sammensætning, som bestod af selskabet Michaniki, selskabet ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (herefter »Adtranz«), og koncernen Fidel Group. Koncernen Fidel Group var sammensat af Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA og Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl. De tre medlemmers andele beløb sig til henholdsvis 80% (Michaniki), 19% (Adtranz) og 1% (Fidel Group).

27 Efterfølgende, ved skrivelse af 14. juni 1996 til Udvalget for Større Bygge- og anlægsarbejder, meddelte Makedoniko Metro udvalget — som svar på spørgsmål vedrørende rygter om, at medlemmerne af Fidel Group-koncernen var gået konkurs eller var ved at blive likvideret — at selskaberne i den pågældende koncern ikke længere deltog i Makedoniko Metro, og at sammenslutningens medlemmer pr. samme dato var selskaberne Michaniki, Adtranz og Belgian Transport and Urban Infrastructure (Transurb Consult), hvis andele beløb sig til henholdsvis 80,65%, 19% og 0,35%. Stiftelsesdokumentet for Makedoniko Metro i denne sammensætning er ikke blevet forelagt forvaltningen. Dette dokument blev underskrevet den 27. november 1996. Det er i denne sidstnævnte sammensætning, at Makedoniko Metro har anlagt søgsmålet i hovedsagen.

28 Ministeren, som konstaterede, at Makedoniko Metros synspunkter på væsentlige punkter afveg fra de forskrifter, som var gældende for kontrakten, og som fandt, at forhandlingerne var brudt sammen, erklærede i en beslutning af 29. november 1996 forhandlingerne mellem den græske stat og Makedoniko Metro for afsluttet og indbød Thessaloniki Metro, der stod først på listen over ansøgere til at blive den foreløbigt valgte entreprenør, til forhandlinger.

29 Den 10. december 1996 indgav Makedoniko Metro til Symvoulio tis Epikrateias (Statsrådet) (Grækenland) en klage med påstand om annullation af den ministerielle beslutning af 29. november 1996. Ved beslutning nr. 971/1998 af 6. marts 1998 afviste Statsrådet sagen med den begrundelse, at Makedoniko Metro ikke lovligt kunne ændre sin sammensætning efter afgivelsen af bud og efter at være blevet valgt som foreløbig entreprenør, og herefter fortsat deltage i den omtvistede procedure, hvorfor sammenslutningen ikke med rette kunne påstå annullation af den anfægtede retsakt i sin nye sammensætning.

30 Makedoniko Metro og Michaniki havde desuden ved Dioikitiko Protodikeio Athinon (forvaltningsdomstol i første instans, Athen) (Grækenland) anlagt sag med påstand om, at den græske stat blev tilpligtet at betale nærmere angivne beløb i erstatning og godtgørelse for den ikke-økonomiske skade, de havde lidt som følge af forvaltningens ulovlige handling og undladelse. Ved dom nr. 3794/1999 af 30. april 1999 afviste forvaltningsdomstolen sagen med den begrundelse, at Makedoniko Metro i sin nye sammensætning, hvormed sammenslutningen havde anlagt sag, ikke var berettiget til at kræve erstatning.

31 Efter at Makedoniko Metro og Michaniki har iværksat appel af denne dom til Dioikitiko Efeteio Athinon, har denne truffet beslutning om at udsætte sagen og forelægge De Europæiske Fællesskabers Domstol følgende præjudicielle spørgsmål:

»Må en ændring af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, der deltager i et udbud med henblik på tildeling af en offentlige bygge- og

anlægskontrakt, hvilken ændring indtræder efter indgivelsen af buddene og udpegningen af sammenslutningen af entreprenører som den foreløbigt valgte entreprenør og stiltiende accepteres af den ordregivende myndighed, fortolkes således, at den medfører, at sammenslutningen mister retten til at deltage i udbuddet og dermed også retten til eller interessen i at få tildelt kontrakten på udførelsen af bygge- og anlægsarbejdet?

Er en sådan fortolkning i overensstemmelse med bestemmelserne i og ånden bag direktiv 93/37/EØF og 89/665/EØF?«

Begæringen om genåbning af den mundtlige forhandling

32 Ved skrivelse af 15. juli 2002 har Makedoniko Metro fremsat begæring om genåbning af den mundtlige forhandling, »med henblik på at meddele Domstolen nærmere oplysninger om den nationale procedure, som har givet anledning til de præjudicielle spørgsmål«.

33 Til støtte for begæringen har Makedoniko Metro navnlig anfægtet punkt 35 i generaladvokatens forslag til afgørelse, hvori denne har omformuleret det præjudicielle spørgsmål, og forslagets punkt 79, hvori det præjudicielle spørgsmåls genstand præciseres. Ifølge Makedoniko Metro er det med urette, at generaladvokaten finder, at de nationale myndigheder har truffet en beslutning, der udelukker Makedoniko Metro fra den omhandlede udbudsprocedure på grund af dens ændrede sammensætning. Den ordregivende myndighed har nemlig aldrig truffet en beslutning om at udelukke Makedoniko Metro på grund af dens ændrede sammensætning, og hovedsagen kan således ikke have en sådan beslutning som genstand.

34 Det bemærkes, at Domstolen ex officio, på forslag af generaladvokaten eller på parternes begæring i overensstemmelse med artikel 61 i Domstolens proces-

reglement, kan træffe bestemmelse om genåbning af den mundtlige forhandling, såfremt den finder, at sagen er utilstrækkeligt oplyst, eller at sagen skal afgøres på grundlag af et argument, som ikke har været drøftet af parterne (jf. dom af 10.2.2000, forenede sager C-270/97 og C-271/97, Deutsche Post, Sml. I, s. 929, præmis 30, og af 18.6.2002, sag C-299/99, Philips, Sml. I, s. 5475, præmis 20).

35 For så vidt angår de argumenter, der er rejst af Makedoniko Metro, skal det dog bemærkes, for det første, at det er fast retspraksis, at Domstolen om fornødent kan omformulere et præjudicielt spørgsmål, således at den holder sig inden for grænserne for sin kompetence og kan give den forelæggende ret et brugbart svar (jf. i denne retning dom af 4.5.1993, sag C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, Sml. I, s. 2239, præmis 8, og af 18.11.1999, sag C-107/98, Teckal, Sml. I, s. 8121, præmis 33), og for det andet, at det tilkommer den nationale ret at fastlægge hovedsagens genstand.

36 De bemærkninger, som Makedoniko Metro har anmodet om tilladelse til at fremsætte inden for rammerne af en genåbning af den mundtlige procedure, vedrører udelukkende spørgsmål, som hører under den forelæggende rets kompetence.

37 Under hensyntagen til disse bemærkninger finder Domstolen efter at have hørt generaladvokaten ikke, at Makedoniko Metros begæring indeholder nogen oplysninger, som viser, at det er hensigtsmæssigt eller nødvendigt at genåbne den mundtlige forhandling.

38 Den af Makedoniko Metro fremsatte begæring må derfor afvises.

Det præjudicielle spørgsmål

Indlæg indgivet til Domstolen

39 Makedoniko Metro og Michaniki har gjort gældende, at beslutningen af 29. november, hvormed forhandlingerne mellem den græske stat og Makedoniko Metro blev afsluttet, ikke var begrundet i ændringen af sammenslutningens sammensætning. Tværtimod fremgik det af denne beslutning, at Makedoniko Metro fortsat blev anset for at være bydende, dvs. for på trods af ændringerne af sin sammensætning at have bevaret den formelle ret til at deltage i det omhandlede udbud. I sin endelige sammensætning var Makedoniko Metro således fortsat bundet af de retsforhold, som fulgte af den omhandlede udbudsprocedure, og sammenslutningen kan derfor gøre gældende, at den har søgsmålskompetence og en berettiget interesse i at kræve erstatning for overtrædelse af bestemmelserne i direktiv 93/37 samt for tilsidesættelse af princippet om forbud mod forskelsbehandling af de bydende, der som et almengyldigt fællesskabsretligt princip også finder anvendelse på den i hovedsagen omhandlede offentlige kontrakt (også selv om den skal anses for at være en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder). Ifølge Makedoniko Metro er der i den foreliggende sag tale om en klassisk offentlig bygge- og anlægskontrakt, men selv hvis den i hovedsagen omhandlede kontrakt skal anses for at være en koncessionskontrakt, finder direktiv 89/665 alligevel anvendelse, eftersom direktivet blot er et særligt udtryk for det almindelige princip om den effektive beskyttelse af de af borgernes rettigheder, som berøres af overtrædelser af fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter.

40 Makedoniko Metro og Michaniki er af den opfattelse, at det præjudicielle spørgsmål skal besvares med, at en ændring af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, der har deltaget i et udbud med henblik på tildeling af en offentlige bygge- og anlægskontrakt eller en koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder — hvilken ændring stiltiende er accepteret af den ordregivende myndighed, og som er indtrådt efter indleveringen af buddene og efter udpegningen af sammenslutningen som den foreløbigt valgte entreprenør, og som ikke engang er nævnt i begrundelsen for beslutningen om at afslutte forhandlingerne og udelukke sammenslutningen fra den resterende del af

proceduren — ikke kan bevirke, at sammenslutningen ikke længere er bydende, eller at den eller dens medlemmer mister interesse i eller fratages retten til at få tildelt den offentlige kontrakt, hvorfor den ikke længere har berettiget interesse i eller søgsmålskompetence til at påberåbe sig beskyttelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten indrømmer sammenslutningen, og hvorom der er tale i hovedsagen. Enhver anden fortolkning af de pågældende nationale bestemmelser vil være i strid med bestemmelserne i og ånden bag direktiv 93/37 og 89/665 og i særdeleshed med det almindelige princip om den effektive beskyttelse af borgernes rettigheder.

41 Den græske regering har bemærket, at direktiv 93/37 og 89/665 ikke nævner spørgsmålet om en eventuel ændring af en sammenslutning af entreprenører.

42 Da spørgsmålet om, hvorvidt det er eller ikke er lovligt at ændre sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, der deltager i et udbud med henblik på tildeling af en offentlige bygge- og anlægskontrakt, ikke er reguleret i fællesskabsretten, er det de relevante bestemmelser i den nationale retsorden, som finder anvendelse, og disse tillader ikke, at et medlem af en sammenslutning af entreprenører udskiftes under den del af proceduren, der ligger forud for tildelingen af kontrakten.

43 Den græske regering har heraf sluttet, at det præjudicielle spørgsmål skal besvares bekræftende.

44 Den østrigske regering har gjort gældende, at det præjudicielle spørgsmål bør omformuleres således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om direktiv 93/37 er til hinder for, at sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører ændres efter afgivelsen af bud, hvorved sammenslutningen fratages retten til at deltage i udbuddet og hermed også retten til eller interessen i at få tildelt kontrakten på udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne.

45 Den østrigske regering har gjort gældende, at direktiv 93/37 kun indeholder ufuldstændige bestemmelser om sammenslutninger af entreprenører. Direktivet har til formål at beskytte interesserne for de erhvervsdrivende, som er etableret i en medlemsstat, og som ønsker at tilbyde varer eller tjenesteydelser til de ordregivende myndigheder i en anden medlemsstat. De oplysninger, som fremgår af forelæggelseskendelsen, tyder ikke på, at der er begået nogen overtrædelse af de fællesskabsretlige principper.

46 På baggrund af det anførte har den østrigske regering konkluderet, at det præjudicielle spørgsmål, som omformuleret, skal besvares som følger: Direktiv 93/37 er ikke til hinder for, at sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører ændres efter indgivelsen af bud. I henhold til direktiv 93/37 fortaber sammenslutningen ikke retten til at deltage i udbuddet og hermed heller ikke retten til eller interessen i at få tildelt kontrakten på udførelsen af bygge- og anlægsarbejderne.

47 Kommissionen har understreget, at den første del af det præjudicielle spørgsmål kan forstås således, at den forelæggende ret anmoder Domstolen om at tage stilling til fortolkningen af national ret, hvilket ikke hører under dens kompetence. Med henblik på at løse dette problem og give den forelæggende ret et brugbart svar, foreslår Kommissionen, at spørgsmålet omformuleres og behandles som tre adskilte spørgsmål, nemlig:

1) Indeholder direktiv 93/37 bestemmelser, som tillader eller forbyder ændringer af sammensætningen af en sammenslutning, som allerede har indgivet bud? Nærmere bestemt ønskes det oplyst, om en medlemsstat i sin nationale lovgivning og en ordregivende myndighed i udbudsbetingelserne kan fastsætte bestemmelser, hvorefter de bydende forpligtes til ikke at ændre sammensætningen under en udbudsprocedure, idet de ellers udelukkes herfra?

2) Tillader fællesskabsretten, at en ordregivende myndighed kan fortsætte forhandlingerne med en bydende, som i strid med de nationale retsregler og med udbudsbetingelserne har ændret sin sammensætning?

3) Påvirker ændringen af en sammenslutnings sammensætning, der er i strid med de nationale retsregler og med udbudsbetingelserne, sammenslutningens adgang til at udøve de rettigheder, den kunne påberåbe sig på grundlag af direktiv 89/665, og navnlig adgangen til at kræve erstatning?

48 For så vidt angår det første af disse spørgsmål har Kommissionen anført, at direktiv 93/37 ikke indeholder regler, som udtrykkeligt vedrører ændringer af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører. Den eneste bestemmelse om disse sammenslutninger er direktivets artikel 21, som bestemmer, at de har adgang til at afgive bud, uden at det kan forlanges af dem, at de antager en bestemt retlig form, inden kontrakten tildeles. Efter Kommissionens opfattelse indeholder direktiv 93/37 ingen bestemmelser, som pålægger de ordregivende myndigheder en bestemt handlemåde vedrørende dette aspekt af proceduren. Derfor tilkommer det fortsat den nationale lovgiver eller i det konkrete tilfælde den ordregivende myndighed at fastlægge den fremgangsmåde, som skal følges.

49 Disse bemærkninger om den almindelige ordning, der er indført ved direktiv 93/37, er også relevante for koncessionskontrakter om offentlige bygge- og anlægsarbejder. Direktivets særlige ordning for koncessionskontrakter om bygge- og anlægsarbejder begrænser sig således til at indeholde bestemmelser om offentliggørelse og overlader det til koncessionsgiver at fastsætte kriterierne for udvælgelse af ansøgerne og for tildeling af koncessionen i henhold til reglerne i national ret.

50 Kommissionen foreslår derfor, at det første omformulerede spørgsmål besvares med, at direktiv 93/37 ikke indeholder bestemmelser, som er til hinder for, at det i

den nationale lovgivning eller i udbudsbetingelserne fastsættes, at det ikke er tilladt at ændre sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører efter en bestemt fase i udbudsproceduren, og nærmere bestemt ikke efter afgivelsen af bud.

51 For så vidt angår det andet omformulerede spørgsmål har Kommissionen anført, at det vil udgøre en tilsidesættelse af princippet om ligebehandling af de bydende, hvis en ordregivende myndighed udelukkende til fordel for en enkelt bydende ensidigt fraviger de oplysninger og krav, der i udbudsbetingelserne er gjort ufravigelige, uden at lade proceduren gå om i sin helhed, og dermed give andre bydende, herunder også potentielle bydende, adgang til at nyde godt af denne fravigelse.

52 Kommissionen har således også som svar på dette spørgsmål anført, at fællesskabsretten er til hinder for, at en ordregivende myndighed fortsætter forhandlingerne med en bydende, som i strid med de nationale retsregler og med udbudsbetingelserne har ændret sin sammensætning.

53 Hvad angår det tredje omformulerede spørgsmål har Kommissionen anført, at det af artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 fremgår, at det alene er de beslutninger, der hævdes at være i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der gennemfører denne ret, som kan gøres til genstand for en klage. Denne bestemmelse pålægger således ikke medlemsstaterne at fastsætte procedurer for klager over beslutninger, der træffes inden for rammerne af en udbudsprocedure, og som tilsidesætter nationale retsregler, der ikke gennemfører fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter.

54 Under disse omstændigheder bør det tredje omformulerede spørgsmål besvares med, at ændringen af en sammenslutnings sammensætning i strid med de nationale retsregler og med udbudsbetingelserne ikke påvirker sammenslutningens adgang til at udøve de rettigheder, den kan påberåbe sig på grundlag af

direktiv 89/665, og navnlig adgangen til at kræve erstatning, for så vidt som begrundelsen for udelukkelse af sammenslutningen er i strid med fællesskabsbestemmelserne om offentlige kontrakter eller med de nationale retsregler, der gennemfører disse bestemmelser.

Domstolens bemærkninger

55 Det bemærkes, Domstolen inden for rammerne af artikel 234 EF hverken har kompetence til at udtale sig om fortolkningen af bestemmelser i nationale love eller administrative forskrifter eller om disses forenelighed med fællesskabsretten. Den kan dog forsyne den nationale retsinstans med alle de fortolkningselementer vedrørende fællesskabsretten, som kan sætte retten i stand til at løse det forelagte juridiske problem (Distribuidores Cinematográficos-dommen, præmis 8, og Teckal-dommen, præmis 33).

56 Desuden er det i Domstolens faste praksis fastslået, at Domstolen, såfremt den har fået forelagt upræcist affattede spørgsmål, kan udlede de fællesskabsretlige elementer, som det under hensyn til sagens genstand er nødvendigt at fortolke, af det materiale, der er fremlagt af den nationale ret, og af akterne i hovedsagen (dom af 26.9.1996, sag C-168/95, Arcaro, Sml. I, s. 4705, præmis 21, og Teckal-dommen, præmis 34).

57 På baggrund af de oplysninger, der er indeholdt i forelæggelseskendelsen, og eftersom den forelæggende ret har forelagt det præjudicielle spørgsmål såvel på baggrund af direktiv 93/37 som på baggrund af direktiv 89/665, skal den anses for nærmere bestemt at ønske oplyst:

1) om direktiv 93/37 er til hinder for nationale bestemmelser, som forbyder ændring af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, der

deltager i et udbud med henblik på tildeling af en offentlige bygge- og anlægskontrakt, når ændringen indtræder efter indgivelsen af buddene, og

2) om og i hvilket omfang direktiv 89/665 giver en sådan sammenslutning af entreprenører klageadgang.

58 For så vidt angår det første led i spørgsmålet fremgår det ikke af forelæggelseskendelsen, om den kontrakt, der er omhandlet i hovedsagen, er en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« eller en »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« i direktiv 93/37's forstand. Det tilkommer ikke Domstolen at afgøre dette spørgsmål inden for rammerne af en præjudiciel sag. Under disse omstændigheder bør spørgsmålet besvares ved at undersøge hver af de to kontrakttyper efter hinanden.

59 For det tilfælde, at der er tale om en »offentlig bygge- og anlægskontrakt« i direktiv 93/37's forstand, finder direktivets artikel 4-6 anvendelse.

60 Den eneste bestemmelse i direktiv 93/37, som vedrører sammenslutninger af entreprenører, er artikel 21. Denne bestemmelse begrænser sig imidlertid til dels at præcisere, at der kan afgives bud af sammenslutninger af entreprenører, dels at forbyde, at det forlanges af dem, at de antager en bestemt retlig form, inden kontrakten er blevet tildelt den pågældende sammenslutning.

61 Det må fastslås, at denne artikel ikke indeholder nogen bestemmelser om sammensætningen af sådanne sammenslutninger. Fastsættelsen af bestemmelser om sammensætningen henhører således under medlemsstaternes kompetence.

62 Det samme gør sig så meget desto mere gældende, hvis den i hovedsagen omhandlede kontrakt er en »koncessionskontrakt om offentlige bygge- og anlægsarbejder« i direktiv 93/37's forstand. Det følger nemlig af direktivets artikel 3, stk. 1, at dets artikel 21 ikke finder anvendelse på sådanne koncessioner.

63 Derfor skal det første led i det præjudicielle spørgsmål besvares med, at direktiv 93/37 ikke er til hinder for nationale bestemmelser, som forbyder en ændring, indtrådt efter indgivelsen af buddene, af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som deltager i et udbud med henblik på indgåelse af en offentlige bygge- og anlægskontrakt.

64 For så vidt angår det andet led i det præjudicielle spørgsmål bemærkes, at det i henhold til artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665 påhviler medlemsstaterne at træffe de nødvendige foranstaltninger for at sikre, at der effektivt og navnlig så hurtigt som muligt kan indgives klage over de ordregivende myndigheders beslutninger inden for rammerne af de procedurer for indgåelse af offentlige kontrakter, der henhører under anvendelsesområdet for Fællesskabets direktiver på dette område, med den begrundelse, at beslutningerne er i strid med fællesskabsretten vedrørende offentlige kontrakter eller de nationale regler, der gennemfører denne ret.

65 Medlemsstaterne har desuden, som det fremgår af samme bestemmelses stk. 3, pligt til at sikre, at der er adgang til klageprocedurerne i det mindste for personer, der har eller har haft interesse i at opnå en bestemt offentlig indkøbs- eller bygge- og anlægskontrakt, og som har lidt eller vil kunne lide skade som følge af en påstået overtrædelse.

66 Det er således på grundlag af disse forhold, at spørgsmålet, om en sammenslutning af entreprenører som Makedoniko Metro, under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen, skal have adgang til de klageprocedurer, der er fastsat i direktiv 89/665.

67 I denne forbindelse skal det først bemærkes, som det fremgår af forelæggelseskendelsen, og som det er anført ovenfor i præmis 28, at ministeren, som konstaterede, at Makedoniko Metros synspunkter på væsentlige punkter afveg fra de forskrifter, som var gældende for kontrakten, ved beslutning af 29. november 1996 erklærede, at forhandlingerne med denne sammenslutning af entreprenører var afsluttet.

68 Med henblik på at afgøre, om den nævnte ministerielle beslutning er omfattet af begrebet »de ordregivende myndigheders beslutninger« i artikel 1, stk. 1, i direktiv 89/665, bemærkes, at Domstolen har præciseret, at dette begreb omfatter de beslutninger, truffet af de ordregivende myndigheder, som er undergivet fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende offentlige kontrakter (dom af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, præmis 37).

69 Med hensyn til spørgsmålet, om sådanne bestemmelser finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, bemærkes, at selv om fællesskabsdirektiverne om offentlige kontrakter ikke indeholder særlige bestemmelser, som finder anvendelse, gælder de almindelige fællesskabsretlige principper, herunder bl.a. princippet om forbud mod forskelsbehandling, ligeledes for procedurerne for indgåelse af offentlige kontrakter (jf. dom af 7.12.2000, sag C-324/98, Telaustria & Telefonadress, Sml. I. s. 10745, præmis 60, og HI-dommen, præmis 47).

70 For så vidt som det fastslås, at disse principper gælder for en beslutning, der er truffet inden for rammerne af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, omfattes denne beslutning også af de bestemmelser, som er fastsat i direktiv 89/665 med henblik på at sikre overholdelsen af fællesskabsrettens forskrifter vedrørende offentlige kontrakter (jf. HI-dommen, præmis 48).

71 I det foreliggende tilfælde tilkommer det den forelæggende ret, på grundlag af de oplysninger, den er blevet forelagt, at afgøre, om disse principper finder anvendelse i den foreliggende sag.

72 Det tilkommer ligeledes den forelæggende ret at fastslå, om Makedoniko Metro også i sin nye sammensætning kan anses for at have eller have haft interesse i at opnå den omhandlede kontrakt, og for at have lidt skade som følge af ministerens beslutning af 29. november 1996, i den forstand, hvori disse udtryk er anvendt i artikel 1, stk. 3, i direktiv 89/665.

73 Under disse omstændigheder skal det andet led i det præjudicielle spørgsmål besvares med, at hvis en beslutning, som er truffet af en ordregivende myndighed, skader de rettigheder, fællesskabsretten tillægger en sammenslutning af entreprenører inden for rammerne af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skal denne sammenslutning have adgang til de i direktiv 89/665 fastsatte klageprocedurer.

74 På baggrund af det ovenfor anførte skal det forelagte spørgsmål besvares som følger:

1) Direktiv 93/37 er ikke til hinder for nationale bestemmelser, som forbyder en ændring, indtrådt efter indgivelsen af buddene, af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som deltager i et udbud med henblik på indgåelse af en offentlige bygge- og anlægskontrakt eller en koncessionskontrakt om offentlige bygge- eller anlægsarbejder.

2) Hvis en beslutning, som er truffet af en ordregivende myndighed, skader de rettigheder, fællesskabsretten tillægger en sammenslutning af entreprenører

inden for rammerne af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skal denne sammenslutning have adgang til de i direktiv 89/665 fastsatte klageprocedurer.

Sagens omkostninger

75 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (Sjette Afdeling)

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Dioikitiko Efeteio Athinon ved kendelse af 26. oktober 2000, for ret:

1) **Rådets direktiv 93/37/EØF af 14. juni 1993 om samordning af fremgangsmåderne med hensyn til indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter er ikke til hinder for nationale bestemmelser, som forbyder en ændring, indtrådt efter indgivelsen af buddene, af sammensætningen af en sammenslutning af entreprenører, som deltager i et udbud med henblik på indgåelse af en offentlige bygge- og anlægskontrakt eller en koncessionskontrakt om offentlige bygge- eller anlægsarbejder.**

2) **Hvis en beslutning, som er truffet af en ordregivende myndighed, skader de rettigheder, fællesskabsretten tillægger en sammenslutning af entreprenører inden for rammerne af en procedure for indgåelse af en offentlig kontrakt, skal denne sammenslutning have adgang til de klageprocedurer, som er fastsat i Rådets direktiv 89/665/EØF af 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurerne i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter, som ændret ved Rådets direktiv 92/50/EØF af 18. juni 1992 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige tjenesteydelsesaftaler.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 23. januar 2003.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitssekretær Formand for Sjette Afdeling