# ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

23 januari 2003 *

In zaak C-57/01,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG van het Dioikitiko Efeteio Athinon (Griekenland), in het aldaar aanhangige geding tussen

**Makedoniko Metro,**

**Michaniki AE**

en

**Elliniko Dimosio,**

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1), en

* Procestaal: Grieks.

van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54),

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: C. Gulmann, waarnemend voor de president van de Zesde kamer, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric en J. N. Cunha Rodrigues (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: C. Stix-Hackl,
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur,

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Makedoniko Metro en Michaniki AE, vertegenwoordigd door G. Karydis, A. Pliakos en N. I. Kampas, Dikigori,

— de Griekse regering, vertegenwoordigd door V. Kyriazopoulos, C. Georgiadis en D. Tsangarakis als gemachtigden,

— de Oostenrijkse regering, vertegenwoordigd door M. Fruhmann als gemachtigde,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door M. Nolin en P. Panayotopoulos als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Makedoniko Metro en Michaniki AE, vertegenwoordigd door G. Karydis en A. Pliakos; de Griekse regering, vertegenwoordigd door V. Kyriazopoulos, en de Commissie, vertegenwoordigd door M. Nolin en M. Konstantinidis als gemachtigde, ter terechtzitting van 6 juni 2002,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 juli 2002,

het navolgende

## Arrest

1 Bij beschikking van 26 oktober 2000, ingekomen bij het Hof op 9 februari 2001, heeft het Dioikitiko Efeteio Athinon (administratieve rechter in hoger beroep te Athene) het Hof krachtens artikel 234 EG een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395, blz. 33), zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening (PB L 209, blz. 1; hierna: „richtlijn 89/665"), en van richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 199, blz. 54).

2 Deze vraag is gerezen in een geding tussen, enerzijds, de tijdelijke vereniging van aannemers Makedoniko Metro (hierna: „Makedoniko Metro") en de vennootschap Michaniki AE (hierna: „Michaniki") en, anderzijds, de Griekse Staat, betreffende een opdracht voor de bouw van een metro in de stad Thessaloniki (Griekenland).

## Toepasselijke bepalingen

### *Bepalingen van gemeenschapsrecht*

3 Artikel 1 van richtlijn 89/665 bepaalt:

„1. De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat, wat betreft de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten die vallen onder de werkingssfeer van de richtlijnen 71/305/EEG, 77/62/EEG en 92/50/EEG [...], tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld overeenkomstig het bepaalde in de volgende artikelen, met name artikel 2, lid 7, op grond van het feit dat door die besluiten het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen die een eis wegens in het kader van een gunningsprocedure geleden schade willen indienen, niet worden gediscrimineerd op grond van het in deze richtlijn gemaakte onderscheid tussen nationale voorschriften waarin het gemeenschapsrecht is omgezet, en andere nationale voorschriften.

3. De lidstaten dragen er zorg voor dat de beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, althans toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd. Met name kunnen de lidstaten verlangen dat degene die van deze procedure gebruik wenst te maken, de aanbestedende dienst vooraf in kennis heeft gesteld van de beweerde schending en van zijn voornemen om beroep in te stellen."

4 Artikel 2, lid 1, van richtlijn 89/665 luidt als volgt:

„De lidstaten zorgen ervoor dat de maatregelen betreffende het in artikel 1 bedoelde beroep de nodige bevoegdheden behelzen om:

a) [...]

b) onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;

c) schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een schending zijn gelaedeerd."

5 Volgens artikel 5 van richtlijn 89/665 moesten de lidstaten de nodige maatregelen in werking doen treden om vóór 21 december 1991 aan deze richtlijn te voldoen.

6 Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5), die herhaaldelijk is gewijzigd, is ingetrokken en vervangen bij richtlijn 93/37.

7 In artikel 1, sub a en d, van richtlijn 93/37 is bepaald:

„In de zin van deze richtlijn wordt verstaan onder

a) ‚overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken': schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die zijn gesloten tussen een aannemer, enerzijds, en een onder b omschreven aanbestedende dienst, anderzijds, en die betrekking hebben op de uitvoering dan wel het ontwerp alsmede de uitvoering van werken in het kader van een van de in bijlage II vermelde of onder c bepaalde werkzaamheden, dan wel op het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet;

[...]

d) ‚concessieovereenkomst voor openbare werken': een overeenkomst met dezelfde kenmerken als die bedoeld onder a, met uitzondering van het feit dat de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk te exploiteren, hetzij uit dit recht, gepaard gaande met een prijs."

8 Artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/37 bepaalt:

„Wanneer de aanbestedende diensten een concessieovereenkomst voor openbare werken sluiten, zijn de in artikel 11, leden 3, 6, 7 en 9 tot en met 13, en in artikel 15 bepaalde voorschriften inzake bekendmaking op deze overeenkomst van toepassing wanneer de waarde daarvan gelijk is aan of meer bedraagt dan [een bepaald bedrag]."

9 Volgens de artikelen 4 tot en met 6 van richtlijn 93/37 is deze van toepassing op overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken waarvan de waarde een bepaald bedrag overschrijdt.

10 Artikel 21 van richtlijn 93/37 luidt als volgt:

„Combinaties van aannemers mogen inschrijven. Van deze combinaties kan niet worden verlangd dat zij met het oog op de inschrijving een bepaalde rechtsvorm aannemen, doch dit kan wel van een combinatie worden geëist wanneer de opdracht haar is gegund."

11 Deze bepaling komt in wezen overeen met artikel 21 van richtlijn 71/305, in de plaats waarvan zij is gekomen.

12 Bij artikel 36, lid 1, van richtlijn 93/37 is richtlijn 71/305 ingetrokken, „onverminderd de verplichtingen van de lidstaten wat de in bijlage VII aangegeven termijnen voor omzetting en toepassing betreft". Volgens deze bijlage diende de Helleense Republiek uiterlijk op 1 januari 1981 artikel 21 van richtlijn 71/305 om te zetten.

13 Volgens artikel 36, lid 2, van richtlijn 93/37 gelden verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn 71/305 als verwijzingen naar richtlijn 93/37.

*Bepalingen van nationaal recht*

14 Volgens de verwijzingsbeschikking wordt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde aanbestedingsprocedure voornamelijk beheerst door wet nr. 1418/1984 (23 A) betreffende openbare werken en regelingen op aanverwante gebieden en door presidentieel decreet nr. 609/1985 (223 A). Deze wetgeving voorziet onder bepaalde voorwaarden in de vervanging van een lid van een combinatie van aannemers waaraan een bepaalde opdracht is gegund. Deze vervanging, die steeds plaatsvindt na goedkeuring door de opdrachtgever, is slechts mogelijk in het stadium van de uitvoering van de werken, dat volgt op de ondertekening van de overeenkomst door de begunstigde en de opdrachtgever, en niet in een stadium dat aan de gunning van de opdracht voorafgaat.

**Het hoofdgeding en de prejudiciële vraag**

15 De Griekse Staat heeft een internationale aanbesteding uitgeschreven voor de studie, de bouw, de zelffinanciering, en de exploitatie van de „Metro van Thessaloniki", voor een bedrag van 65 000 000 000 GRD. Voor de gunning van deze opdracht werd geopteerd voor een soort niet-openbare procedure in zes fasen: preselectie van de kandidaten die worden uitgenodigd om een offerte in te dienen, indiening van de offerte door de gepreselecteerde kandidaten, beoordeling van hun technische offertes, beoordeling van hun economische en financiële offertes, onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver aan wie de opdracht voorlopig is gegund, en ondertekening van de overeenkomst.

16 Bij besluit van 18 juni 1992 heeft de Griekse minister van Milieu, Ruimtelijke ordening en Openbare werken (hierna: „minister") de aankondiging van de opdracht goedgekeurd die de eerste fase van de procedure (preselectie van de kandidaten) inluidde. Na deze fase werd aan acht combinaties van aannemers die zich kandidaat hadden gesteld, waaronder Makedoniko Metro en Thessaloniki Metro (hierna: „Thessaloniki Metro"), de gelegenheid geboden om een offerte in te dienen.

17 Bij besluit van 1 februari 1993 heeft de minister het aanbestedingsdossier betreffende de tweede fase van de procedure (indiening van de offertes door de gepreselecteerde kandidaten) goedgekeurd, dat met name de aanvullende aankondiging van de opdracht (hierna: „aanvullende aankondiging") en het bijzondere bestek bevatte.

18 In artikel 6, lid 2, van de aanvullende aankondiging werd gepreciseerd, dat de gepreselecteerde groepen mochten deelnemen zoals zij in de eerste fase van de procedure waren samengesteld, dat de oprichting van tijdelijke verenigingen of andere samenwerkingsvormen tussen hen formeel was uitgesloten en, ten slotte, dat het mogelijk was een groep uit te breiden met een nieuw lid, dat evenwel in geen geval deel mocht hebben uitgemaakt van andere vóór de tweede fase van de procedure gepreselecteerde groepen.

19 Volgens artikel 12, lid 2, van de aanvullende aankondiging moest het dossier van iedere deelnemer aan de aanbesteding alle stukken bevatten waaruit bleek dat die deelnemer de rechtsvorm van een tijdelijke vereniging had, met name de notariële akte die overeenkomstig artikel 6 van de aanvullende aankondiging het bestaan van een tijdelijke vereniging tussen alle leden van de gepreselecteerde groep, daaronder begrepen de eventuele nieuwe leden, aantoonde. Volgens artikel 12, leden 3 en 4, van de aanvullende aankondiging moesten deze dossiers ook de goedgekeurde notulen bevatten van de raden van bestuur van alle leden van de tijdelijke vereniging, waarin hun werd toegelaten aan de vereniging deel te

nemen, alsook de door de bevoegde autoriteiten geviseerde afschriften van de statuten van de eventuele nieuwe leden van de tijdelijke vereniging. Ten slotte was in artikel 12, lid 6, van de aanvullende aankondiging bepaald, dat voor eventuele nieuwe leden van de tijdelijke vereniging, het dossier alle in artikel 7, leden 1 tot en met 4, van de aankondiging van de eerste fase van de aanbesteding bedoelde gegevens moest bevatten.

20 Artikel 7, lid 2, van laatstgenoemde aankondiging bepaalde, dat de betrokken ondernemersgroepen te kennen moesten geven in welke mate zij voornemens waren aan de financiering van de werken deel te nemen, en schriftelijk moesten verklaren dat zij bereid waren bij te dragen aan het nodige kapitaal dat, naast allerlei subsidies, de voltooiing, de instandhouding en de werking van het bouwwerk diende te verzekeren.

21 Volgens artikel 7, lid 3, van deze aankondiging moesten alle bouwondernemingen of studiebureaus een bewijs van inschrijving in het beroepsregister van hun land van vestiging overleggen, alsook getuigschriften betreffende hun financiële en economische draagkracht en hun technische bekwaamheden en mogelijkheden, en volgens artikel 7, lid 4, van deze aankondiging moesten de ondernemingen van de tijdelijke vereniging die zich inzonderheid met de exploitatie van het werk zouden bezighouden, passende getuigschriften overleggen en hun bekwaamheid en ervaring inzake de exploitatie van vervoersinfrastructuur, met name metro's, aantonen.

22 Volgens de bepalingen van de aankondiging, in hun onderlinge samenhang beschouwd, kan in de tweede fase van de procedure een in de eerste fase gepreselecteerde tijdelijke vereniging met nieuwe leden worden uitgebreid, maar was deze uitbreiding slechts mogelijk tot de datum die was vastgesteld voor de inzending van de offertes van de inschrijvers.

23 Tijdens de tweede fase van de procedure werden technische offertes, economische studies en financiële offertes overgelegd, onder meer door Makedoniko Metro en Thessaloniki Metro.

24 Ten tijde van de preselectie bestond Makedoniko Metro uit de vennootschappen Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA en Teknocenter-Centro Servizi Amministrativi Srl, die een participatie hadden van respectievelijk 70 %, 20 %, 5 % en 5 %.

25 In de tweede fase van de procedure werd de tijdelijke vereniging Makedoniko Metro uitgebreid met de vennootschap AEG Westinghouse Transport Systems GmbH. De participatie van de voornoemde vier vennootschappen bedroeg in deze fase respectievelijk 63 %, 17 %, 5 % en 5 %, en die van AEG Westinghouse Transport Systems GmbH 10 %. Dit was de samenstelling van Makedoniko Metro toen de opdracht haar op 14 juni 1994 voorlopig werd gegund. Deze samenstelling wordt door de partijen in het hoofdgeding niet betwist.

26 Na de oprichting van de onderhandelingscommissie bij besluit van 24 juni 1994 en het begin van de onderhandelingen tussen de Griekse Staat en Makedoniko Metro, aan wie de opdracht voorlopig was gegund, bracht deze laatste de minister bij brief van 29 maart 1996 op de hoogte van haar nieuwe samenstelling, die eruit zag als volgt: de vennootschap Michaniki, de vennootschap ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (hierna: „Adtranz") en de tijdelijke vereniging Fidel Group, bestaande uit Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA en Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, waarbij de participatie van Michaniki 80 % bedroeg, die van Adtranz 19 % en die van Fidel Group 1 %.

27 Later deelde Makedoniko Metro, in antwoord op vragen omtrent geruchten als zouden de leden van de tijdelijke vereniging Fidel Group failliet zijn verklaard of in liquidatie zijn gegaan, bij brief van 14 juni 1996 aan het comité voor grote werken mee, dat de vennootschappen van die vereniging niet langer deel van haar uitmaakten, en dat zij op dat ogenblik bestond uit de vennootschappen Michaniki, Adtranz en Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult), die een participatie hadden van respectievelijk 80,65 %, 19 % en 0,35 %. De oprichtingsakte van Makedoniko Metro in deze laatste samenstelling is niet aan de administratie overgelegd. Deze akte werd ondertekend op 27 november 1996. Het is in deze samenstelling dat Makedoniko Metro de vordering in het hoofdgeding heeft ingesteld.

28 Toen de minister vaststelde dat de standpunten van Makedoniko Metro aanzienlijk afweken van de voor de opdracht gestelde voorwaarden, achtte hij de onderhandelingen mislukt, en gelastte hij bij besluit van 29 november 1996, dat de onderhandelingen tussen de Griekse Staat en Makedoniko Metro zouden worden afgebroken, en nodigde hij Thessaloniki Metro als eerste inschrijver aan wie de opdracht voorlopig was gegund, uit om aan onderhandelingen deel te nemen.

29 Op 10 december 1996 heeft Makedoniko Metro bij het Symvoulio tis Epikrateias (Raad van State) (Griekenland) een beroep tot nietigverklaring tegen het besluit van de minister van 29 november 1996 ingesteld. Bij arrest nr. 971/1998 van 6 maart 1998 heeft het Symvoulio tis Epikrateias dit beroep verworpen op grond dat Makedoniko Metro na indiening van de offertes en na voorlopig de opdracht te hebben gekregen, niet gerechtigd was haar samenstelling te wijzigen en in deze gewijzigde samenstelling verder aan de betrokken procedure deel te nemen, en dat zij in deze nieuwe samenstelling dus niet de nietigverklaring van de bestreden handeling kon vorderen.

30 Verder hebben Makedoniko Metro en Michaniki voor het Dioikitiko Protodikeio Athinon (administratieve rechter in eerste aanleg te Athene) in rechte gevorderd, dat zou worden vastgesteld dat de Griekse Staat verplicht was bepaalde sommen te betalen ter vergoeding van de materiële en immateriële schade die zij hadden geleden door de onrechtmatige daad en de nalatigheid van de administratie. Bij vonnis nr. 3794/1999 van 30 april 1999 heeft de administratieve rechter deze vordering afgewezen op grond dat Makedoniko Metro in de nieuwe samenstelling waarin zij de vordering in rechte had ingesteld, geen schadevergoeding kon vorderen.

31 Tegen dit vonnis hebben Makedoniko Metro en Michaniki beroep ingesteld bij het Dioikitiko Efeteio Athinon, dat de behandeling van de zaak heeft geschorst en het Hof heeft verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moet de wijziging in de samenstelling van een tijdelijke vereniging die aan aanbestedingen van openbare werken deelneemt — welke wijziging plaatsvindt

na de indiening van de offertes en nadat de opdracht voorlopig aan de tijdelijke vereniging is gegund, en door de aanbestedende autoriteit stilzwijgend wordt aanvaard — aldus worden uitgelegd, dat zij ertoe leidt dat die tijdelijke vereniging haar recht verliest om aan de aanbesteding deel te nemen en, bij uitbreiding, ook haar recht op of belang bij de gunning van de opdracht voor de uitvoering van het werk?

Is een dergelijke uitlegging in overeenstemming met de bewoordingen en de geest van de richtlijnen 93/37/EEG en 89/665/EEG?"

## Verzoek tot heropening van de mondelinge behandeling

32 Bij brief van 15 juli 2002 heeft Makedoniko Metro verzocht om heropening van de mondelinge behandeling, „om het Hof nader in te lichten over het voorwerp van de nationale procedure die heeft geleid tot de prejudiciële vragen".

33 Tot staving van haar verzoek betwist Makedoniko Metro in het bijzonder punt 35 van de conclusie van de advocaat-generaal, waarin deze de prejudiciële vraag herformuleert, en punt 79 van deze conclusie, waarin het voorwerp van de prejudiciële vraag is gepreciseerd. Volgens Makedoniko Metro is de advocaat-generaal ten onrechte van mening, dat de beslissing van de nationale autoriteiten om Makedoniko Metro van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten, niet was ingegeven door de wijziging van haar samenstelling. De aanbestedende dienst heeft immers nooit beslist om Makedoniko Metro wegens de wijziging van haar samenstelling van de procedure uit te sluiten, en het hoofdgeding kan dus geen betrekking hebben op een dergelijke beslissing.

34 Er zij aan herinnerd dat het Hof krachtens artikel 61 van het Reglement voor de procesvoering ambtshalve, op voorstel van de advocaat-generaal dan wel op

verzoek van partijen, de mondelinge behandeling kan heropenen, indien het van oordeel is dat het onvoldoende is ingelicht of dat de zaak moet worden beslecht op basis van een argument waarover tussen partijen geen discussie heeft plaatsgevonden (zie arresten van 10 februari 2000, Deutsche Post, C-270/97 en C-271/97, Jurispr. blz. I-929, punt 30, en 18 juni 2002, Philips, C-299/99, Jurispr. blz. I-5475, punt 20).

35 Wat de argumenten van Makedoniko Metro betreft, dient er evenwel aan te worden herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak het Hof in voorkomend geval een prejudiciële vraag kan herformuleren om de grenzen van zijn bevoegdheid te eerbiedigen en de verwijzende rechter een nuttig antwoord te verschaffen (zie in die zin arresten van 4 mei 1993, Distribuidores Cinematográficos, C-17/92, Jurispr. blz. I-2239, punt 8, en 18 november 1999, Teckal, C-107/98, Jurispr. blz. I-1821, punt 33), en dat het aan de nationale rechter staat, het voorwerp van het hoofdgeding te omschrijven.

36 De opmerkingen die Makedoniko Metro wil maken in het kader van een heropening van de mondelinge behandeling, hebben uitsluitend betrekking op vragen die binnen de bevoegdheidssfeer van de verwijzende rechter vallen.

37 Gelet op een en ander is het Hof, na de advocaat-generaal te hebben gehoord, van oordeel dat het verzoek van Makedoniko Metro geen enkel element bevat waaruit blijkt dat het nuttig of nodig is de mondelinge behandeling te heropenen.

38 Bijgevolg dient het verzoek van Makedoniko Metro te worden afgewezen.

## De prejudiciële vraag

### *Bij het Hof ingediende opmerkingen*

39 Volgens Makedoniko Metro en Michaniki was de beslissing van 29 november 1996 om de onderhandelingen tussen de Griekse Staat en Makedoniko Metro af te breken, niet ingegeven door de wijziging van de samenstelling van deze groep. Integendeel, in deze beslissing werd Makedoniko Metro behandeld als was zij nog steeds inschrijver en als had zij dus, ondanks de wijzigingen in haar samenstelling, het formele recht behouden om aan de aanbesteding deel te nemen. In haar uiteindelijke samenstelling was Makedoniko Metro dus nog steeds partij bij de rechtsverhoudingen die uit de betrokken aanbestedingsprocedure voortvloeien, en beschikte zij dus over procesbevoegdheid en een gewettigd belang om schadevergoeding te vorderen wegens schending van richtlijn 93/37 en van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers, dat als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht ook geldt voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overheidsopdracht (zelfs indien deze als een concessieovereenkomst voor openbare werken diende te worden aangemerkt). Volgens Makedoniko Metro en Michaniki gaat het in casu om een klassiek geval van een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken, maar zelfs indien de betrokken overeenkomst als een concessieovereenkomst moest worden gekwalificeerd, zou richtlijn 89/665 volgens hem toch van toepassing zijn, aangezien deze richtlijn slechts een specifieke uitdrukking is van het algemene beginsel van effectieve bescherming van de rechten van justitiabelen die de gevolgen ondergaan van schendingen van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten.

40 Volgens Makedoniko Metro en Michaniki dient de prejudiciële vraag aldus te worden beantwoord, dat de wijziging van de samenstelling van een tijdelijke vereniging die aan een aanbestedingsprocedure inzake een overheidsopdracht of inzake de verlening van een concessie voor openbare werken heeft deelgenomen — welke wijziging door de aanbestedende dienst stilzwijgend is aanvaard en heeft plaatsgevonden na de indiening van de offertes en na voorlopige gunning van de opdracht aan de vereniging, en bovendien niet is genoemd als een van de redenen om de onderhandelingen af te breken en de vereniging van de verdere procedure uit te sluiten — er niet toe kan leiden, dat deze vereniging niet langer inschrijver

is, en evenmin dat deze vereniging of de leden ervan het recht op of het belang bij de gunning van de opdracht verliezen, of dat de vereniging dus niet langer een gewettigd belang of procesbevoegdheid heeft om de haar door het gemeenschapsrecht verleende rechten, die in de betrokken procedure aan de orde zijn, te doen gelden. De tegenovergestelde uitlegging van de betrokken nationale bepalingen druist in tegen de letter en de geest van de richtlijnen 93/37 en 89/665, en meer in het bijzonder tegen het algemene beginsel van effectieve rechtsbescherming.

41 De Griekse regering merkt op, dat in de richtlijnen 93/37 en 89/665 niet is gesproken over de eventuele wijziging van een combinatie van aannemers.

42 Nu het gemeenschapsrecht geen antwoord geeft op de vraag of een combinatie van aannemers die aan een aanbesteding betreffende een overheidsopdracht voor de uitvoering van werken deelneemt, al of niet haar samenstelling mag wijzigen, zijn de relevante bepalingen van nationaal recht van toepassing, volgens welke het niet is toegelaten om in het stadium van de procedure dat aan de gunning van de opdracht voorafgaat, een lid van een combinatie van aannemers te vervangen.

43 De Griekse regering concludeert dan ook, dat de prejudiciële vraag ontkennend dient te worden beantwoord.

44 Volgens de Oostenrijkse regering dient de prejudiciële vraag aldus te worden geherformuleerd, dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of richtlijn 93/37 eraan in de weg staat dat een tijdelijke vereniging na de indiening van de offertes haar samenstelling wijzigt, in welk geval deze vereniging het recht verliest om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen, en dus ook het recht op en het belang bij de gunning van de opdracht voor de uitvoering van werken.

45 Volgens de Oostenrijkse regering bevat richtlijn 93/37 slechts zeer algemene bepalingen over tijdelijke verenigingen of combinaties van aannemers. Deze richtlijn heeft tot doel de belangen te beschermen van marktdeelnemers die in een lidstaat zijn gevestigd en in andere lidstaten goederen of diensten aan aanbestedende diensten willen aanbieden. De verwijzingsbeschikking bevat geen enkele aanwijzing dat de beginselen van gemeenschapsrecht zijn geschonden.

46 Aldus komt de Oostenrijkse regering tot de slotsom, dat de prejudiciële vraag, zoals geherformuleerd, dient te worden beantwoord als volgt: richtlijn 93/37 staat er niet aan in de weg dat een tijdelijke vereniging na de indiening van de offertes haar samenstelling wijzigt; op grond van deze richtlijn verliest een dergelijke vereniging niet het recht om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen, en dus evenmin haar recht op of belang bij de gunning van de opdracht voor de uitvoering van werken.

47 Volgens de Commissie kan het eerste deel van de prejudiciële vraag aldus worden begrepen, dat het Hof wordt uitgenodigd om zich uit te spreken over de uitlegging van het nationale recht, waarvoor het Hof niet bevoegd is. Om dit probleem te verhelpen en de verwijzende rechter een nuttig antwoord te verschaffen, stelt de Commissie voor deze vraag te herformuleren en in drie verschillende vragen op te splitsen, namelijk:

1) Bevat richtlijn 93/37 regels die een combinatie van aannemers die reeds een offerte heeft ingediend, toelaten of verbieden haar samenstelling te wijzigen? Kunnen meer bepaald in de nationale wetgeving van een lidstaat en in het bestek van een aanbestedende dienst regels worden opgenomen die de inschrijvers op straffe van uitsluiting verbod opleggen om tijdens een aanbestedingsprocedure hun samenstelling te wijzigen?

2) Laat het gemeenschapsrecht een aanbestedende dienst toe verder te onderhandelen met een inschrijver die zijn samenstelling in strijd met de regels van nationaal recht en van het bestek heeft veranderd?

3) Heeft de wijziging van de samenstelling van een combinatie van aannemers in strijd met de regels van nationaal recht en van het bestek gevolgen voor de uitoefening van de rechten die deze combinatie op grond van richtlijn 89/665 zou kunnen doen gelden, meer bepaald haar recht om schadevergoeding te vorderen?

48 Aangaande de eerste van deze vragen merkt de Commissie op, dat richtlijn 93/37 geen uitdrukkelijke regels bevat betreffende de wijziging van de samenstelling van een combinatie van aannemers. De enige bepaling over combinaties van aannemers is artikel 21 van deze richtlijn, volgens hetwelk zij mogen inschrijven, zonder dat van hen kan worden verlangd dat zij een bepaalde rechtsvorm aannemen voordat de opdracht is gegund. Volgens de Commissie schrijft geen enkele bepaling van richtlijn 93/37 de aanbestedende diensten een specifieke gedragslijn voor met betrekking tot dit aspect van de procedure. Hoe een en ander wordt aangepakt, is dus een zaak van de nationale wetgever, of dient in concreto door de aanbestedende dienst te worden uitgemaakt.

49 Deze opmerkingen over de algemene regeling van richtlijn 93/37 gelden ook voor concessies voor openbare werken. De specifieke regeling van deze richtlijn inzake concessies voor werken is immers beperkt tot voorschriften inzake de bekendmaking en laat de concessieverlener vrij om de voorwaarden voor het selecteren van de kandidaten en de verlening van de concessie volgens de regels van zijn nationaal recht vast te stellen.

50 De Commissie geeft dan ook in overweging om op de geherformuleerde eerste vraag te antwoorden, dat richtlijn 93/37 geen regels bevat die eraan in de weg

staan dat in de nationale wetgeving of het bestek wordt bepaald dat een combinatie van aannemers na een bepaalde fase van de aanbestedingsprocedure, meer bepaald na de indiening van een offerte, haar samenstelling niet meer mag wijzigen.

51 Aangaande de geherformuleerde tweede vraag is de Commissie van mening, dat het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers wordt geschonden indien een aanbestedende dienst ten gunste van een inschrijver eenzijdig afwijkt van de — niet voor wijziging vatbare — gegevens en voorwaarden van het bestek, zonder de gehele procedure te herbeginnen zodat de andere inschrijvers, ook de potentiële, van deze afwijking kunnen profiteren.

52 Aangaande deze vraag is de Commissie dus van mening, dat het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet dat een aanbestedende dienst verder onderhandelt met een inschrijver die in strijd met de regels van het nationale recht en van het bestek zijn samenstelling heeft gewijzigd.

53 Aangaande de geherformuleerde derde vraag herinnert de Commissie eraan, dat volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 enkel beroep moet kunnen worden ingesteld tegen de besluiten waarvan wordt gesteld dat zij een schending inhouden van het gemeenschapsrecht of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet. Deze bepaling legt de lidstaten dus geen verplichting op om te voorzien in procedures van beroep tegen besluiten die in het kader van een aanbestedingsprocedure zijn genomen in strijd met regels van nationaal recht waarbij geen gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten zijn omgezet.

54 Gelet op een en ander dient volgens de Commissie op de geherformuleerde derde vraag te worden geantwoord, dat de wijziging van de samenstelling van een combinatie van aannemers in strijd met de regels van nationaal recht en het bestek geen afbreuk doet aan de rechten die deze combinatie op grond van

richtlijn 89/665 kan doen gelden, meer bepaald het recht om schadevergoeding te vorderen, voorzover de redenen om deze combinatie uit te sluiten, in strijd zijn met het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of met de regels van nationaal recht waarbij dit gemeenschapsrecht is omgezet.

*Beoordeling door het Hof*

55 Er zij aan herinnerd, dat het Hof zich in het kader van artikel 234 EG niet kan uitspreken over de uitlegging van nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of over de verenigbaarheid daarvan met het gemeenschapsrecht. Wel kan het Hof de nationale rechter alle gegevens betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht verschaffen, welke hem in staat kunnen stellen de voor hem gerezen rechtsvraag op te lossen (reeds aangehaalde arresten Distribuidores Cinematográficos, punt 8, en Teckal, punt 33).

56 Verder staat het volgens vaste rechtspraak aan het Hof om, wanneer vragen onnauwkeurig zijn geformuleerd, uit alle door de nationale rechter verstrekte gegevens en uit het dossier van het hoofdgeding die elementen van gemeenschapsrecht te putten die, gelet op het onderwerp van het geding, uitlegging behoeven (arrest van 26 september 1996, Arcaro, C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punt 21, en arrest Teckal, reeds aangehaald, punt 34).

57 Gelet op de aanwijzingen in de verwijzingsbeschikking en op het feit dat de vraag van de verwijzende rechter zowel betrekking heeft op richtlijn 93/37 als op richtlijn 89/665, dient te worden geoordeeld dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen:

1) of richtlijn 93/37 zich verzet tegen een nationale regeling volgens welke een combinatie van aannemers die aan een procedure inzake het plaatsen van

overheidsopdrachten deelneemt, na de indiening van de offertes haar samenstelling niet meer mag wijzigen, en

2) of en in hoeverre richtlijn 89/665 aan een dergelijke combinatie van aannemers een beroepsrecht verleent.

58 Aangaande het eerste onderdeel van de vraag is in de verwijzingsbeschikking niet aangegeven, of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken", dan wel een „concessie-overeenkomst voor openbare werken" in de zin van richtlijn 93/37 is. Het staat in het kader van een prejudiciële procedure niet aan het Hof om over deze vraag te beslissen. In deze omstandigheden dienen ter beantwoording van de vraag achtereenvolgens twee hypothesen te worden onderzocht.

59 Gaat het om een „overheidsopdracht voor de uitvoering van werken" in de zin van richtlijn 93/37, dan is deze richtlijn volgens de artikelen 4 tot en met 6 ervan van toepassing.

60 De enige bepaling van richtlijn 93/37 die betrekking heeft op combinaties van aannemers, is artikel 21 ervan. Hierin is enkel gepreciseerd, dat combinaties van aannemers mogen inschrijven, en dat van deze combinaties niet kan worden verlangd dat zij een bepaalde rechtsvorm aannemen, voordat de opdracht aan de in aanmerking genomen combinatie is gegund.

61 Vastgesteld dient te worden, dat in deze bepaling niets is gezegd over de samenstelling van dergelijke combinaties. Het staat dus aan de lidstaten deze samenstelling te regelen.

62 Deze oplossing geldt a fortiori wanneer het in het hoofdgeding zou gaan om een „concessieovereenkomst voor openbare werken" in de zin van richtlijn 93/37. Uit artikel 3, lid 1, van deze richtlijn blijkt immers, dat artikel 21 ervan zelfs niet van toepassing is op dergelijke concessieovereenkomsten.

63 Bijgevolg dient op het eerste onderdeel van de prejudiciële vraag te worden geantwoord, dat richtlijn 93/37 zich niet verzet tegen een nationale regeling volgens welke een combinatie van aannemers die aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten of inzake de verlening van een concessieovereenkomst voor openbare werken deelneemt, na de indiening van de offertes haar samenstelling niet meer mag wijzigen.

64 Aangaande het tweede onderdeel van de vraag dient te worden opgemerkt, dat volgens artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665 de lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat, wat de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten betreft die vallen binnen de werkingssfeer van de richtlijnen ter zake, tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld wegens schending door die besluiten van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dat gemeenschapsrecht is omgezet.

65 Volgens artikel 1, lid 3, moeten de lidstaten er verder zorg voor dragen dat deze procedures althans toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht voor leveringen of voor de uitvoering van werken en die door een beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd.

66 Hiervan uitgaande, dient dus te worden onderzocht of een combinatie van aannemers zoals Makedoniko Metro in omstandigheden zoals die van het hoofdgeding toegang moet hebben tot de beroepsmogelijkheden als bedoeld in richtlijn 89/665.

67 Dienaangaande dient er om te beginnen aan te worden herinnerd dat, zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt en in punt 28 van het onderhavige arrest is opgemerkt, de minister, toen hij vaststelde dat de standpunten van Makedoniko Metro aanzienlijk afweken van de voor de opdracht gestelde voorwaarden, bij besluit van 29 november 1996 heeft gelast de onderhandelingen met deze combinatie van aannemers te beëindigen.

68 Om uit te maken of bovenbedoeld besluit van de minister valt onder het begrip „door de aanbestedende diensten genomen besluiten" in de zin van artikel 1, lid 1, van richtlijn 89/665, dient eraan te worden herinnerd dat het Hof heeft gepreciseerd, dat dit begrip betrekking heeft op door aanbestedende diensten genomen besluiten die zijn onderworpen aan de voorschriften van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten (arrest van 18 juni 2002, HI, C-92/00, Jurispr. blz. I-5553, punt 37).

69 Aangaande de vraag of dergelijke voorschriften in casu gelden, zij eraan herinnerd dat, ook al bevatten de gemeenschapsrichtlijnen inzake overheidsopdrachten geen bepalingen die specifiek van toepassing zijn, de algemene beginselen van gemeenschapsrecht, en met name het beginsel van gelijke behandeling, ook gelden voor de procedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (zie arrest van 7 december 2000, Telaustria en Telefonadress, C-324/98, Jurispr. blz. I-10745, punt 60, en arrest HI, reeds aangehaald, punt 47).

70 Voorzover zou worden geoordeeld dat dergelijke beginselen gelden voor een besluit dat is genomen in het kader van een procedure voor het plaatsen van een overheidsopdracht, valt dit besluit dus tevens onder de voorschriften waarin richtlijn 89/665 voorziet ter verzekering van de naleving van de bepalingen van gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten (zie arrest HI, reeds aangehaald, punt 48).

71 In voorkomend geval staat het aan de verwijzende rechter om aan de hand van de gegevens waarover hij beschikt, uit te maken of dergelijke beginselen op het hoofdgeding van toepassing zijn.

72 Voorts staat het ook aan de verwijzende rechter na te gaan of Makedoniko Metro ook in haar nieuwe samenstelling kan worden geacht belang te hebben of te hebben gehad bij de gunning van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opdracht en door het besluit van de minister van 29 november 1996 te zijn gelaedeerd in de zin van artikel 1, lid 3, van richtlijn 89/665.

73 In deze omstandigheden dient op het tweede onderdeel van de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat, wanneer een besluit van een aanbestedende dienst afbreuk doet aan de rechten die een combinatie van aannemers in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten aan het gemeenschapsrecht ontleent, deze combinatie van aannemers toegang moet hebben tot de beroepsmogelijkheden als bedoeld in richtlijn 89/665.

74 Gelet op een en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord, dat:

1) richtlijn 93/37 zich niet verzet tegen een nationale regeling volgens welke een combinatie van aannemers die aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten of inzake een concessieovereenkomst voor openbare werken deelneemt, na de indiening van de offertes haar samenstelling niet meer mag wijzigen, en dat,

2) wanneer een besluit van een aanbestedende dienst afbreuk doet aan de rechten die een combinatie van aannemers in het kader van een procedure

voor het plaatsen van overheidsopdrachten aan het gemeenschapsrecht ontleent, deze combinatie van aannemers toegang moet hebben tot de beroepsmogelijkheden als bedoeld in richtlijn 89/665.

## Kosten

75 De kosten door de Oostenrijkse regering en door de Commissie wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakt, komen niet voor vergoeding in aanmerking. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Dioikitiko Efeteio Athinon bij beschikking van 26 oktober 2000 gestelde vraag, verklaart voor recht:

1) **Richtlijn 93/37/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken, verzet zich niet tegen een nationale regeling volgens welke een combinatie van aannemers die aan een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten of inzake een concessieovereenkomst voor openbare werken deelneemt, na de indiening van de offertes haar samenstelling niet meer mag wijzigen.**

2) **Wanneer een besluit van een aanbestedende dienst afbreuk doet aan de rechten die een combinatie van aannemers in het kader van een procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten aan het gemeenschapsrecht ontleent, moet deze combinatie van aannemers toegang hebben tot de beroepsmogelijkheden als bedoeld in richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 23 januari 2003.

De griffier

R. Grass

De president van de Zesde kamer

J.-P. Puissochet