DOMSTOLENS DOM (sjätte avdelningen)

den 23 januari 2003 *

I mål C-57/01,

angående en begäran enligt artikel 234 EG, från Dioikitiko Efeteio Athinon (Grekland), att domstolen skall meddela ett förhandsavgörande i det vid den nationella domstolen anhängiga målet mellan

Makedoniko Metro,

Michaniki AE

och

Elliniko Dimosio,

angående tolkningen av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1; svensk specialutgåva, område

* Rättegångsspråk: grekiska.

6, volym 3, s. 139), och av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54),

meddelar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av domarna C. Gulmann, tillförordnad ordförande på sjätte avdelningen, V. Skouris, F. Macken, N. Colneric och J.N. Cunha Rodrigues (referent),

generaladvokat: C. Stix-Hackl,
justitiesekreterare: avdelningsdirektören H.A. Rühl,

med beaktande av de skriftliga yttranden som har inkommit från:

— Makedoniko Metro och Michaniki AE, genom G. Karydis, A. Pliakos och N.I. Kampas, Dikigori,

— Greklands regering, genom V. Kyriazopoulos, C. Georgiadis och D. Tsangarakis, samtliga i egenskap av ombud,

— Österrikes regering, genom M. Fruhmann, i egenskap av ombud,

— Europeiska gemenskapernas kommission, genom M. Nolin och P. Panayotopoulos, båda i egenskap av ombud,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att muntliga yttranden har avgivits vid förhandlingen den 6 juni 2002 av: Makedoniko Metro och Michaniki AE, företrädda av G. Karydis och A. Pliakos, Greklands regering, företrädd av V. Kyriazopoulos, och kommissionen, företrädd av M. Nolin och M. Konstantinidis, i egenskap av ombud,

och efter att den 11 juli 2002 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Dioikitiko Efeteio Athinon (förvaltningsdomstol i andra instans i Aten) har, genom beslut av den 26 oktober 2000 som inkom till domstolen den 9 februari 2001, i enlighet med artikel 234 EG ställt en fråga om tolkningen av rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, s. 33; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 48), i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster (EGT L 209, s. 1, svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 139, nedan kallat direktiv 89/665), och av rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 199, s. 54).

2 Frågan har uppkommit i en tvist mellan å ena sidan entreprenörsgruppen Makedoniko Metro (nedan kallad Makedoniko Metro) och bolaget Michaniki AE (nedan kallat Michaniki) och å andra sidan grekiska staten, angående en upphandling avseende byggande av en tunnelbana i staden Thessaloniki (Grekland).

Tillämpliga bestämmelser

Gemenskapsrätten

3 I artikel 1 i direktiv 89/665 anges följande:

"1. Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden, som omfattas av direktiv 71/305/EEG, 77/62/EEG och 92/50/EEG..., kan prövas effektivt och, i synnerhet, skyndsamt på de villkor som fastställs i följande artiklar, särskilt artikel 2.7, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

2. Medlemsstaterna skall förhindra diskriminering mellan företag, vilka vid upphandling gör gällande skada till följd av den åtskillnad som görs i detta direktiv mellan nationella bestämmelser om införande av gemenskapsrätten och andra nationella bestämmelser.

3. Medlemsstaterna skall se till att ett prövningsförfarande med detaljerade regler enligt medlemsstaternas bestämmande införs och att det kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse. Det förutses, att en medlemsstat skall kunna kräva av den person som begär prövning, att han dessförinnan meddelat den avtalsslutande myndigheten att han hävdar förekomsten av diskriminering, och att han ämnar söka prövning."

4 I artikel 2.1 i direktiv 89/665 föreskrivs följande:

"Medlemsstaterna skall se till att införda bestämmelser om prövning enligt artikel 1 innefattar behörighet att

a) ...

b) antingen åsidosätta eller garantera åsidosättande av olagliga beslut, vilket innefattar undanröjandet av diskriminerande tekniska, ekonomiska eller finansiella specifikationer i anbuds- eller kontraktshandlingarna eller i varje annat dokument som har samband med upphandlingen,

c) ge ersättning åt en person, som skadats av överträdelse."

5 Enligt artikel 5 i direktiv 89/665 skulle medlemsstaterna före den 21 december 1991 införa de bestämmelser som var nödvändiga för att följa direktivet.

6 Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 185, s. 5), som har ändrats vid ett flertal tillfällen, har upphävts och ersatts med direktiv 93/37.

7 I artikel 1a och 1d i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) Offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten: skrivna avtal med ekonomiska villkor mellan en entreprenör och en av de nedan under b uppräknade upphandlande myndigheterna, som omfattar utförandet eller såväl projekteringen som utförandet av arbeten hänförliga till någon av de i bilaga 2 angivna verksamheterna eller arbete som anges nedan under c, eller utförandet oavsett medel av arbete som motsvarar de av den upphandlande myndigheten angivna kraven.

...

d) Koncession: ett kontrakt av samma typ som angivits i a utom det att ersättningen för utförda arbeten består i antingen enbart rätten till nyttjande av anläggningen eller i en kombination av denna rätt och betalning."

8 I artikel 3.1 i direktiv 93/37 föreskrivs följande:

"Då de upphandlande myndigheterna sluter koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten, skall reglerna om publicering enligt artikel 11.3, 11.6, 11.7 och 11.9—13 och artikel 15 gälla för kontraktet om värdet uppgår till minst [en viss summa]."

9 Enligt artiklarna 4—6 i direktiv 93/37 skall direktivet med vissa undantag tillämpas vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten om värdet överstiger en viss summa.

10 I artikel 21 i direktiv 93/37 anges följande:

"Anbud kan lämnas även av entreprenörsgrupper. Av en sådan grupp kan inte krävas att den antar en viss rättslig form i samband med avgivandet av anbud, men detta kan däremot krävas när den har tilldelats uppdraget."

11 Sistnämnda bestämmelse är i sak identisk med artikel 21 i direktiv 71/305, som bestämmelsen har ersatt.

12 Genom artikel 36.1 i direktiv 93/37 upphävs direktiv 71/305 "utan att det påverkar medlemsstaternas förpliktelser vad gäller de tidsfrister för införlivande och för genomförande som anges i bilaga VII". Enligt nämnda bilaga hade Republiken Greklands frist för att införliva artikel 21 i direktiv 71/305 fastställts till den 1 januari 1981.

13 I artikel 36.2 i direktiv 93/37 föreskrivs att hänvisningar till det upphävda direktiv 71/305 skall tolkas som hänvisningar till direktiv 93/37.

Nationell rätt

14 Det framgår av beslutet om hänskjutande att det i fråga om det i målet vid den nationella domstolen omtvistade upphandlingsförfarandet i huvudsak är lag nr 1418/1984 (23 A) om offentliga bygg- och anläggningsarbeten och bestämmelser avseende därmed närliggande områden samt presidentdekret nr 609/1985 (223 A) som gäller. Enligt nämnda lagstiftning är det möjligt att under särskilda förutsättningar byta ut en medlem av den entreprenörsgrupp som har tilldelats en viss upphandling. Detta byte kan endast ske efter godkännande av byggherren, och endast när arbetena påbörjats, det vill säga efter det att avtalet mellan den valda entreprenören och byggherren har undertecknats, men inte före det att upphandlingen har tilldelats.

Tvisten vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

15 Grekiska staten beslutade att inleda en internationell upphandling avseende planering, byggande, självfinansiering och drift av en tunnelbana i Thessaloniki, med en budget om 65 000 000 000 GRD. För tilldelningen av kontraktet valde staten att tillämpa ett slags begränsat förfarande i sex faser: Fasen för ett första urval av deltagare, fasen för de utvalda deltagarnas lämnande av anbud, fasen för prövning av de tekniska anbuden, fasen för prövning av de ekonomiska och finansiella anbuden, fasen för förhandlingar mellan den upphandlande myndigheten och den anbudsgivare som preliminärt tilldelats upphandlingen, samt fasen för undertecknande av kontraktet.

16 Den grekiska ministern för miljö, markplanering och offentliga bygg- och anläggningsarbeten (nedan kallad ministern) godkände genom beslut av den 18 juni 1992 det upphandlingsmeddelande genom vilket förfarandets första fas (det första urvalet av deltagare) inleddes. Efter slutförandet av denna fas tilläts åtta deltagande entreprenörsgrupper, däribland Makedoniko Metro och entreprenörsgruppen Thessaloniki Metro (nedan kallad Thessaloniki Metro), att ge in anbud.

17 Genom beslut av den 1 februari 1993 godkände ministern upphandlingsunderlaget för den andra fasen i förfarandet (de utvalda deltagarnas lämnande av anbud), bland annat det kompletterande meddelandet om upphandling (nedan kallat kompletteringsmeddelandet) och de särskilda upphandlingsvillkoren.

18 I artikel 6 andra stycket i kompletteringsmeddelandet angavs att de utvalda grupperna skulle delta i den form de hade haft i upphandlingens första fas, att de uttryckligen var förhindrade att upprätta grupper eller andra former för samarbete dem emellan, och slutligen att det var möjligt att utvidga en grupp med nya medlemmar, vilka emellertid inte under några omständigheter fick tillhöra andra grupper som hade utvalts att delta i upphandlingens andra fas.

19 I artikel 12 andra stycket i kompletteringsmeddelandet angavs att varje anbudsgivares anbudsmaterial skulle innehålla alla de handlingar som visade att anbudsgivaren i rättsligt hänseende hade formen av en entreprenörsgrupp. Bland dessa handlingar skulle det finnas ett dokument som hade upprättats inför notarius publicus och som visade att det i enlighet med bestämmelserna i artikel 6 i nämnda kompletteringsmeddelande hade upprättats en entreprenörsgrupp bestående av medlemmarna i den grupp som utvalts i det första urvalet och eventuella nya medlemmar. Enligt artikel 12 tredje och fjärde styckena i kompletteringsmeddelandet skulle materialet även innehålla justerade protokoll från gruppens medlemmars styrelsemöten där beslut fattats om att de får delta i gruppen, samt en av de behöriga myndigheterna vidimerad kopia av stadgarna

för eventuella nya medlemmar av gruppen. Slutligen angavs i artikel 12 sjätte stycket i kompletteringsmeddelandet att anbudshandlingarna skulle innehålla alla de upplysningar som anges i artikel 7 första till fjärde styckena i meddelandet rörande upphandlingens första fas för eventuella nya medlemmar av en entreprenörsgrupp.

20 I artikel 7 andra stycket i sistnämnda meddelande föreskrevs att entreprenörsgrupperna i fråga skulle redogöra för i vilken grad de avsåg att bidra till finansieringen av arbetet och lämna en försäkran om att de avsåg att bidra med det kapital som krävdes för att — tillsammans med alla former av tillskott — garantera att arbetet skulle färdigställas, underhållas och uppfylla sin funktion.

21 I artikel 7 tredje stycket i detta meddelande angavs att varje bygg- och planeringsföretag var skyldigt att förevisa ett intyg om att det var registrerat i företagsregistret i det land där det hade sitt säte samt inge handlingar som visade företagets finansiella och ekonomiska situation och dess tekniska kapacitet och förmåga. I artikel 7 fjärde stycket i nämnda meddelande angavs att de företag inom entreprenörsgruppen som särskilt skulle ansvara för driften av anläggningen skulle förete de handlingar som krävdes för att visa att de hade kapacitet för och erfarenhet av att driva transportanläggningar, i synnerhet tunnelbanor.

22 Vid en samlad bedömning av bestämmelserna i meddelandet om upphandling framgår att bestämmelserna öppnade en möjlighet för att i upphandlingens andra fas utvidga en entreprenörsgrupp som hade utvalts i upphandlingens första fas med nya medlemmar, men att utvidgningen endast var möjlig fram till det datum som hade fastställts för inlämnande av anbudsgivarnas anbud.

23 Till följd av den andra fasen i förfarandet ingav bland andra Makedoniko Metro och Thessaloniki Metro tekniska anbud, ekonomiska undersökningar och finansiella anbud.

24 Makedoniko Metros medlemmar var vid första urvalet bolagen Michaniki, Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA och Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, vilka deltog med 70, 20, 5 respektive 5 procent av gruppen.

25 Under förfarandets andra fas utvidgades gruppen Makedoniko Metro med bolaget AEG Westinghouse Transport Systems GmbH. De fyra ovannämnda företagen deltog därefter med 63, 17, 5 respektive 5 procent av gruppen och AEG Westinghouse Transport Systems GmbH med 10 procent. Makedoniko Metro hade denna sammansättning när gruppen den 14 juni 1994 preliminärt tilldelades upphandlingen. Nämnda sammansättning har inte bestritts av parterna i målet vid den nationella domstolen.

26 Efter tillsättning av förhandlingskommittén genom beslut av den 24 juni 1994 och efter det att förhandlingar mellan den grekiska staten och Makedoniko Metro, i egenskap av den grupp som preliminärt hade tilldelats upphandlingen, hade inletts, informerade Makedoniko Metro genom skrivelse av den 29 mars 1996 ministern om gruppens nya sammansättning med bolaget Michaniki, bolaget ABB Daimler-Benz Transportation Deutschland GmbH (nedan kallat Adtranz) och gruppen Fidel Group, som i sin tur bestod av Edi-Stra-Edilizia Stradale SpA, Fidel SpA och Teknocenter-Centro Servizi Administrativi Srl, varvid Michaniki deltog med 80 procent, Adtranz med 19 procent och Fidel Group med 1 procent.

27 Genom en skrivelse av den 14 juni 1996 till kommittén för större arbeten uppgav Makedoniko Metro — som svar på frågor rörande rykten om att medlemmarna i gruppen Fidel Group hade gått i konkurs eller var föremål för likvidation — att bolagen i nämnda grupp inte längre deltog i Makedoniko Metro och att medlemmarna i Makedoniko Metro vid detta tillfälle var bolagen Michaniki, Adtranz och Belgian Transport and Urban Infrastructure Consult (Transurb Consult), vilka deltog med 80,65, 19 respektive 0,35 procent av gruppen. Avtalet om att upprätta Makedoniko Metro i den sistnämnda sammansättningen uppvisades inte för myndigheten. Detta avtal undertecknades den 27 november 1996. Det var i sistnämnda sammansättning som Makedoniko Metro väckte talan i målet vid den nationella domstolen.

28 Ministern, som konstaterade att Makedoniko Metros ståndpunkter på betydelsefulla punkter avvek från bestämmelserna i anbudshandlingarna, fann att förhandlingarna hade misslyckats, varför han genom beslut av den 29 november 1996 förklarade den grekiska statens förhandlingar med Makedoniko Metro för avslutade och inbjöd Thessaloniki Metro, vilken stod i tur att preliminärt tilldelas upphandlingen, till förhandlingar.

29 Den 10 december 1996 väckte Makedoniko Metro talan vid Symvoulio tis Epikrateias (högsta förvaltningsdomstolen) (Grekland) om ogiltigförklaring av ministerns beslut av den 29 november 1996. Genom beslut nr 971/1998 av den 6 mars 1998 avvisade högsta förvaltningsdomstolen talan med motiveringen att Makedoniko Metro inte hade rätt att ändra sin sammansättning efter att ha givit in anbudet och efter att preliminärt ha tilldelats upphandlingen och samtidigt fortsätta att delta i det omtvistade förfarandet. Högsta förvaltningsdomstolen fann att Makedoniko Metro därmed inte hade rätt att i denna nya sammansättning begära att den omtvistade rättsakten skulle ogiltigförklaras.

30 Makedoniko Metro och Michaniki väckte dessutom talan vid Dioikitiko Protodikeio Athinon (förvaltningsdomstol i första instans i Aten) (Grekland) om fastställelse av att grekiska staten var skyldig att betala skadestånd jämte ränta med närmare angivna belopp för den ideella skada som de lidit till följd av den olagliga rättsakten och myndigheternas felaktiga agerande. Denna talan avvisades av sagda förvaltningsdomstol genom beslut nr 3794/1999 av den 30 april 1999, med motiveringen att Makedoniko Metro i sin nya sammansättning, i form av vilken den väckt talan, inte var behörig att yrka skadestånd.

31 Sedan Makedoniko Metro och Michaniki hade överklagat sistnämnda beslut till Dioikitiko Efeteio Athinon beslutade sistnämnda domstol att förklara målet vilande och begära förhandsavgörande av EG-domstolen avseende följande fråga:

"Skall den omständigheten att en entreprenörsgrupp, som deltar i ett upphandlingsförfarande avseende offentliga bygg- och anläggningsarbeten, ändrar sam-

mansättning efter det att anbuden har lämnats och entreprenörsgruppen preliminärt har tilldelats upphandlingen och implicit har godkänts av den upphandlande myndigheten, tolkas på så sätt att den medför att gruppen förlorar sin rätt att delta i upphandlingsförfarandet och därmed även sin rätt till eller sitt intresse av tilldelningen av upphandlingen avseende de ifrågavarande arbetena?

Är en sådan tolkning förenlig med bestämmelserna i och syftet med direktiven 93/37/EEG och 89/665/EEG?"

Begäran att det muntliga förfarandet skall återupptas

32 Makedoniko Metro har genom en skrivelse av den 15 juli 2002 begärt att det muntliga förfarandet skall återupptas "för att upplysa EG-domstolen om föremålet för det nationella förfarande som har givit upphov till begäran om förhandsavgörande".

33 Till stöd för sin begäran har Makedoniko Metro särskilt bestritt punkt 35 i generaladvokatens förslag till avgörande, där generaladvokaten har formulerat om tolkningsfrågan, och punkt 79 i nämnda förslag till avgörande, där föremålet för tolkningsfrågan preciseras. Generaladvokatens antagande, att de nationella myndigheterna fattade beslut om att Makedoniko Metro skulle uteslutas från det omtvistade upphandlingsförfarandet på grund av att dess sammansättning hade ändrats, är enligt Makedoniko Metro felaktigt. Den upphandlande myndigheten fattade nämligen aldrig något beslut om att Makedoniko Metro skulle uteslutas från nämnda förfarande på grund av att dess sammansättning hade ändrats, varför något sådant beslut inte kan vara föremål för tvisten i målet vid den nationella domstolen.

34 Domstolen påminner om att den enligt artikel 61 i rättegångsreglerna, *ex officio*, på förslag av generaladvokaten eller på parternas begäran kan besluta att

återuppta det muntliga förfarandet om den anser att den inte har tillräcklig kännedom om omständigheterna i målet eller om målet skall avgöras utifrån skäl som parterna inte har haft tillfälle att diskutera (se dom av den 10 februari 2000 i de förenade målen C-270/97 och C-271/97, Deutsche Post, REG 2000, s. I-929, punkt 30, och av den 18 juni 2002 i mål C-299/99, Philips, REG 2002, s. I-5475, punkt 20).

35 Vad beträffar Makedoniko Metros argument erinrar domstolen dock om att den enligt fast rättspraxis i förekommande fall kan omformulera en fråga som har ställts inom ramen för en begäran om förhandsavgörande, för att kunna iaktta gränserna för sin behörighet och för att ge den nationella domstolen ett användbart svar (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 4 maj 1993 i mål C-17/92, Distribuidores Cinematográficos, REG 1993, s. I-2239, punkt 8, svensk specialutgåva, volym 14, s. 181, och av den 18 november 1999 i mål C-107/98, Teckal, REG 1999, s. I-8121, punkt 33). Domstolen erinrar vidare om att det ankommer på den nationella domstolen att definiera föremålet för målet vid den nationella domstolen.

36 De yttranden som Makedoniko Metro har begärt att få utveckla inom ramen för ett återupptaget muntligt förfarande avser uteslutande frågor som omfattas av den nationella domstolens behörighetsområde.

37 Mot bakgrund av det anförda finner domstolen efter att ha hört generaladvokaten att Makedoniko Metros begäran inte innehåller någon uppgift som visar att det är användbart eller nödvändigt att återuppta det muntliga förfarandet.

38 Makedoniko Metros begäran skall därför avslås.

Tolkningsfrågan

Yttranden till domstolen

39 Makedoniko Metro och Michaniki har gjort gällande att beslutet av den 29 november 1996, genom vilket den grekiska statens förhandlingar med Makedoniko Metro förklarades för avslutade, inte grundade sig på att gruppens sammansättning hade ändrats. I beslutet behandlades Makedoniko Metro tvärtom som om gruppen behöll sin egenskap av anbudsgivare, det vill säga som om den trots sin ändrade sammansättning behöll den formella rätten att delta i upphandlingen i fråga. I sin slutgiltiga sammansättning behöll Makedoniko Metro därför den rättsliga ställning som följde av det omtvistade upphandlingsförfarandet, varför gruppen kunde göra gällande en rätt att föra talan och ett berättigat intresse av att begära skadestånd på grund av överträdelse av bestämmelserna i direktiv 93/37 och på grund av åsidosättande av principen om likabehandling av anbudsgivarna, vilken i egenskap av allmän gemenskapsrättslig princip även är tillämplig på den offentliga upphandling som är i fråga i målet vid den nationella domstolen (även om den skulle klassificeras som koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten). Enligt Makedoniko Metro och Michaniki rör det sig i förevarande fall om en klassisk offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Direktiv 89/665 skulle dock vara tillämpligt även för det fall det kontrakt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen skulle klassificeras som ett koncessionsavtal, eftersom direktivet bara utgör en särskild utformning av den allmänna principen om ett effektivt rättsskydd för rättssubjekt som berörs av överträdelser av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling.

40 Makedoniko Metro och Michaniki anser att tolkningsfrågan skall besvaras så, att en ändring av sammansättningen i en entreprenörsgrupp som har deltagit vid ett upphandlingsförfarande avseende bygg- och anläggningsarbeten eller avseende tilldelning av ett koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten — som implicit har godkänts av den upphandlande myndigheten, som har skett efter det att anbud har lämnats och entreprenörsgruppen preliminärt har tilldelats upphandlingen och som dessutom inte nämns bland de skäl som anförts som grund för beslutet att avbryta förhandlingarna och utesluta gruppen från det

fortsatta förfarandet — varken kan leda till att en sådan grupp därmed förlorar sin ställning av anbudsgivare eller att den eller dess medlemmar förlorar sitt intresse av eller sin rätt att tilldelas upphandlingen eller sitt berättigade intresse av eller sin talerätt vad gäller att göra gällande de rättigheter enligt gemenskapsrätten som är föremål för det omtvistade förfarandet. Varje motsatt tolkning av tillämpliga nationella bestämmelser skulle strida mot lydelsen av och syftet med direktiven 93/37 och 89/665, och särskilt mot den allmänna principen om ett effektivt rättsskydd för rättssubjekt.

41 Den grekiska regeringen har påpekat att frågan om en eventuell ändring av en entreprenörsgrupp varken tas upp i direktiv 93/37 eller i direktiv 89/665.

42 Eftersom frågan om det är tillåtet eller otillåtet att ändra sammansättningen i en entreprenörsgrupp som deltar i en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten inte regleras i gemenskapsrätten, skall enligt den grekiska regeringen relevanta bestämmelser i nationell rätt tillämpas. Enligt sistnämnda bestämmelser är det inte tillåtet att byta ut en medlem i en entreprenörsgrupp under det stadium i förfarandet som föregår tilldelningen av kontraktet.

43 Den grekiska regeringen anser därför att tolkningsfrågan skall besvaras jakande.

44 Den österrikiska regeringen har gjort gällande att tolkningsfrågan skall formuleras om på så sätt att den avser frågan huruvida direktiv 93/37 utgör hinder för en ändring av sammansättningen hos en entreprenörsgrupp efter det att anbud har lämnats, på så sätt att nämnda grupp förlorar sin rätt att delta i upphandlingsförfarandet och följaktligen sin rätt till och sitt intresse av att tilldelas upphandlingen avseende utförandet av de ifrågavarande arbetena.

45 Sistnämnda regering har gjort gällande att direktiv 93/37 endast innehåller rudimentära bestämmelser om entreprenörsgrupper. Direktivet syftar enligt regeringen till att skydda intressena för ekonomiska aktörer i en medlemsstat som önskar erbjuda en annan medlemsstats upphandlande myndigheter varor eller tjänster. Uppgifterna i beslutet om hänskjutande tyder enligt den österrikiska regeringen inte på att någon överträdelse av gemenskapsrättsliga principer har skett.

46 Den omformulerade tolkningsfrågan skall enligt den österrikiska regeringen mot bakgrund av det anförda besvaras på följande sätt: Direktiv 93/37 utgör inte hinder för en ändring av sammansättningen i en entreprenörsgrupp efter det att anbud har lämnats. Gruppen förlorar inte sin rätt att delta i upphandlingsförfarandet på grund av detta direktiv, och följaktligen inte heller sin rätt till eller sitt intresse av att tilldelas upphandlingen avseende utförandet av de ifrågavarande arbetena.

47 Kommissionen har framhållit att den första delen av tolkningsfrågan kan uppfattas så, att domstolen därmed ombeds yttra sig angående tolkningen av nationell rätt, vilket den inte är behörig att göra. För att lösa denna svårighet och kunna ge den nationella domstolen ett användbart svar har kommissionen föreslagit att nämnda fråga skall formuleras om och angripas genom följande tre delfrågor:

1) Innehåller direktiv 93/37 några bestämmelser som innebär att det är tillåtet eller förbjudet att ändra sammansättningen i en grupp som redan har givit in ett anbud? Kan en medlemsstat närmare bestämt i sin nationella rättsordning föreskriva, och kan en upphandlande myndighet i kontraktshandlingarna föreskriva, att anbudsgivarna vid äventyr av uteslutning från upphandlingsförfarandet är skyldiga att inte ändra sammansättning under ett upphandlingsförfarande?

2) Är det enligt gemenskapsrätten tillåtet för en upphandlande myndighet att förhandla vidare med en anbudsgivare som har ändrat sin sammansättning i strid med bestämmelser i nationell rätt och i kontraktshandlingarna?

3) Påverkar en ändring av sammansättningen i en grupp, som strider mot bestämmelser i nationell rätt och i kontraktshandlingarna, de rättigheter som gruppen kan göra gällande på grundval av direktiv 89/665, och särskilt rätten att kräva skadestånd jämte ränta?

48 Vad beträffar den första av ovanstående frågor har kommissionen påpekat att direktiv 93/37 inte innehåller några uttryckliga bestämmelser angående ändring av sammansättningen i en entreprenörsgrupp. Den enda bestämmelse som rör grupper är bestämmelsen i artikel 21 i direktivet, enligt vilken det innan kontraktet tilldelas inte kan krävas att de skall ha viss rättslig form för att de skall få ge in anbud. Enligt kommissionen finns det ingen bestämmelse i direktiv 93/37 som ger de upphandlande myndigheterna några särskilda riktlinjer för förfarandet i detta avseende. Det har således överlämnats till den nationella lagstiftaren eller den upphandlande myndigheten i det enskilda fallet att reglera detta.

49 Nämnda synpunkter, som avser den allmänna ordning som har inrättats genom direktiv 93/37, gör sig enligt kommissionen även gällande beträffande upphandling av koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten. De särskilda bestämmelserna i detta direktiv avseende koncessionsavtal om bygg- och anläggningsarbeten gäller nämligen endast offentliggörande och ger koncessionsgivaren frihet att fastställa villkoren för urvalet av deltagare och för tilldelningen av koncessionsavtalet enligt bestämmelser i nationell lagstiftning.

50 Den första omformulerade tolkningsfrågan skall därför enligt kommissionen besvaras så, att direktiv 93/37 inte innehåller några bestämmelser som utgör

hinder för en bestämmelse i en nationell rättsordning eller i kontraktshandlingar enligt vilken eller vilka en ändring av sammansättningen hos en entreprenörsgrupp inte längre är tillåten från och med en viss fas i upphandlingsförfarandet, och särskilt inte från och med den tidpunkt då ett anbud har givits in.

51 Vad beträffar den andra omformulerade tolkningsfrågan anser kommissionen att principen om likabehandling av anbudsgivare skulle åsidosättas om en upphandlande myndighet ensidigt till förmån för en anbudsgivare ändrade uppgifter och villkor som angetts och betecknats som icke ändringsbara i kontraktshandlingarna utan att på nytt öppna upphandlingsförfarandet i dess helhet. I sådant fall skulle det vara möjligt för andra anbudsgivare, även potentiella sådana, att dra fördel av en sådan ändring.

52 Sistnämnda fråga skall därför enligt kommissionens uppfattning besvaras så, att det enligt gemenskapsrätten inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att förhandla vidare med en anbudsgivare som har ändrat sin sammansättning i strid med bestämmelser i nationell rätt och i kontraktshandlingarna.

53 Vad gäller den tredje omformulerade tolkningsfrågan har kommissionen erinrat om att det enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 endast är påstådda överträdelser av gemenskapsrätten och nationella bestämmelser om införlivande av bestämmelser i gemenskapsrätten som kan bli föremål för prövning. Denna bestämmelse innebär därför inte att medlemsstaterna förpliktas att anta föreskrifter om förfaranden som gör det möjligt att pröva beslut som fattas inom ramen för ett upphandlingsförfarande och som strider mot sådana bestämmelser i nationell rätt som inte utgör införlivande av gemenskapsdirektiven om offentlig upphandling.

54 Den tredje omformulerade tolkningsfrågan skall enligt kommissionens uppfattning under dessa omständigheter besvaras så, att en ändring av sammansättningen i en grupp, som strider mot bestämmelser i nationell rätt och i kontraktshandlingarna, inte påverkar de rättigheter som gruppen kan göra

gällande på grundval av direktiv 89/665, och särskilt inte rätten att kräva skadestånd, i den mån skälen för att utesluta gruppen strider mot gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller nationella bestämmelser om införlivande av nämnda gemenskapsrätt.

Domstolens bedömning

55 Domstolen erinrar om att den, inom ramen för artikel 234 EG, varken kan uttala sig om tolkningen av bestämmelser i nationella lagar eller andra författningar eller om sådana bestämmelsers förenlighet med gemenskapsrätten. Domstolen kan dock tillhandahålla den nationella domstolen alla de upplysningar om hur gemenskapsrätten skall tolkas som kan göra det möjligt för den nationella domstolen att avgöra den rättsfråga som har anhängiggjorts vid den (domen i de ovannämnda målen Distribuidores Cinematográficos, punkt 8, och Teckal, punkt 33).

56 Vidare följer det av fast rättspraxis att domstolen, då tolkningsfrågorna är oklart formulerade, ur samtliga uppgifter som den nationella domstolen tillhandahållit och ur handlingarna i målet kan hämta de gemenskapsrättsliga uppgifter som det med hänsyn till tvisteföremålet är nödvändigt att tolka (dom av den 26 september 1996 i mål C-168/95, Arcaro, REG 1996, s. I-4705, punkt 21, och i det ovannämnda målet Teckal, punkt 34).

57 Mot bakgrund av de uppgifter som beslutet om hänskjutande innehåller, och med hänsyn till att den hänskjutande domstolen har ställt frågan med hänvisning till såväl direktiv 93/37 som direktiv 89/665, anser EG-domstolen att den hänskjutande domstolen söker få klarhet i följande:

1) huruvida direktiv 93/37 utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att det är förbjudet att efter det att anbud har lämnats ändra

sammansättningen i en entreprenörsgrupp som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten,

2) huruvida och i vilken mån en sådan entreprenörsgrupp skall ha sådan rätt att väcka talan som föreskrivs i direktiv 89/665.

58 Vad beträffar den första delen av frågan framgår det inte av beslutet om hänskjutande huruvida den upphandling som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten eller ett koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses med begreppen i direktiv 93/37. Det ankommer inte på EG-domstolen att avgöra denna fråga inom ramen för en begäran om förhandsavgörande. Under dessa omständigheter skall frågan utredas genom att var och en av de två antagandena undersöks för sig.

59 För det fall det rör sig om en offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i direktiv 93/37 är nämnda direktiv tillämpligt enligt artiklarna 4—6.

60 Den enda artikel i direktiv 93/37 som rör entreprenörsgrupper är artikel 21. I denna artikel anges emellertid endast dels att anbud kan ges in av entreprenörsgrupper, dels att det är förbjudet att kräva att gruppen antar en viss rättslig form innan den har tilldelats kontraktet.

61 Domstolen konstaterar att det i artikeln inte finns någon bestämmelse om sådana gruppers sammansättning. Regleringen av sammansättningen omfattas således av medlemsstaternas behörighet.

62 Samma slutsats kan i än högre grad dras för det fall det är ett koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten i den mening som avses i direktiv 93/37 som är i fråga i tvisten i målet vid den nationella domstolen. Det framgår nämligen av artikel 3.1 i direktivet att artikel 21 i direktivet inte ens är tillämplig på sådana koncessionsavtal.

63 Den första delen av tolkningsfrågan skall således besvaras på så sätt att direktiv 93/37 inte utgör hinder för en nationell bestämmelse som innebär att det är förbjudet att efter det att anbud har lämnats ändra sammansättningen hos en entreprenörsgrupp som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten eller för koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten.

64 Vad beträffar den andra delen av frågan noterar domstolen att medlemsstaterna enligt artikel 1.1 i direktiv 89/665 är skyldiga att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut vid upphandlingsförfaranden som omfattas av gemenskapsdirektiven på området kan prövas effektivt och skyndsamt, om det hävdas att sådana beslut har inneburit överträdelse av gemenskapsrätten på området för offentlig upphandling eller av nationella regler om införande av sådan.

65 Medlemsstaterna är dessutom, såsom framgår av artikel 1.3 i nämnda direktiv, skyldiga att se till att dessa prövningsförfaranden kan åberopas av var och en, som har eller har haft intresse av att få avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten, och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.

66 Det är således mot bakgrund av dessa omständigheter som domstolen skall avgöra huruvida en sådan entreprenörsgrupp som Makedoniko Metro, under sådana omständigheter som är för handen i målet vid den nationella domstolen, skall ha tillgång till de prövningsförfaranden som föreskrivs i direktiv 89/665.

67 Domstolen erinrar härvid inledningsvis om att ministern, såsom framgår av beslutet om hänskjutande och såsom domstolen har noterat i punkt 28 i förevarande dom, i beslutet av den 29 november 1996 konstaterade att Makedoniko Metros ståndpunkter på betydelsefulla punkter avvek från bestämmelserna i anbudshandlingarna och förklarade förhandlingarna med denna entreprenörsgrupp för avslutade.

68 För att kunna avgöra huruvida nämnda beslut av ministern omfattas av begreppet "en upphandlande myndighets beslut" i artikel 1.1 i direktiv 89/665 erinrar domstolen om att den tidigare har angivit att detta begrepp omfattar beslut som den upphandlande myndigheten fattar och som omfattas av de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling (dom av den 18 juni 2002 i mål C-92/00, HI, REG 2002, s. I-5553, punkt 37).

69 Vad beträffar frågan huruvida sistnämnda regler är tillämpliga i förevarande fall erinrar domstolen om att allmänna gemenskapsrättsliga principer, bland annat principen om likabehandling, även är tillämpliga vid förfaranden för offentlig upphandling, även om det i de gemenskapsrättsliga direktiven om offentlig upphandling inte finns några specifika bestämmelser som är tillämpliga, (se dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria och Telefonadress, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, och domen i det ovannämnda målet HI, punkt 47).

70 I den mån sådana principer bedöms vara tillämpliga på ett beslut som har fattats inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling, omfattas beslutet således även av de regler som föreskrivs i direktiv 89/665 i syfte att säkerställa att de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling följs (se domen i det ovannämnda målet HI, punkt 48).

71 Det ankommer i förekommande fall på den nationella domstolen att med hänsyn till omständigheterna i målet avgöra huruvida sådana principer är tillämpliga i målet vid den nationella domstolen.

72 Det ankommer vidare på den nationella domstolen att pröva huruvida Makedoniko Metro även i sin nya sammansättning kan anses ha eller ha haft intresse av att tilldelas det kontrakt som är i fråga i målet vid den nationella domstolen och kan anses ha skadats av ministerns beslut av den 29 november 1996 i den mening som avses i artikel 1.3 i direktiv 89/665.

73 Under dessa omständigheter skall den andra delen av tolkningsfrågan besvaras på så sätt att en entreprenörsgrupp skall ha sådan rätt att väcka talan som föreskrivs i direktiv 89/665 i den mån ett beslut av en upphandlande myndighet innebär att gruppens rättigheter enligt gemenskapsrätten åsidosätts inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling.

74 Mot bakgrund av det anförda finner domstolen att den ställda frågan skall besvaras enligt följande:

1) Direktiv 93/37 utgör inte hinder för en nationell bestämmelse som innebär att det är förbjudet att efter det att anbud har lämnats ändra sammansättningen hos en entreprenörsgrupp som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten eller för koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten.

2) En entreprenörsgrupp skall ha sådan rätt att väcka talan som föreskrivs i direktiv 89/665 i den mån ett beslut av en upphandlande myndighet innebär

att gruppens rättigheter enligt gemenskapsrätten åsidosätts inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling.

Rättegångskostnader

75 De kostnader som har förorsakats den österrikiska regeringen och kommissionen, vilka har inkommit med yttranden till domstolen, är inte ersättningsgilla. Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (sjätte avdelningen)

— angående den fråga som genom beslut av den 26 oktober 2000 har ställts av Dioikitiko Efeteio Athinon — följande dom:

1) **Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten utgör inte hinder för en nationell bestämmelse som innebär att det är förbjudet att efter det att anbud har lämnats ändra sammansättningen i en entreprenörsgrupp som deltar i ett förfarande för offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten eller för koncessionsavtal om offentliga bygg- och anläggningsarbeten.**

2) **En entreprenörsgrupp skall ha sådan rätt att väcka talan som föreskrivs i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten i dess lydelse enligt rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster i den mån ett beslut av en upphandlande myndighet innebär att gruppens rättigheter enligt gemenskapsrätten åsidosätts inom ramen för ett förfarande för offentlig upphandling.**

Gulmann Skouris Macken

Colneric Cunha Rodrigues

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 23 januari 2003.

R. Grass J.-P. Puissochet

Justitiesekreterare Ordförande på sjätte avdelningen