SCHLUSSANTRÄGE DER FRAU GENERALANWALT CHRISTINE STIX-HACKL

vom 11. Juli 2002 [1]

I — Einleitende Bemerkungen

1. Dieses Verfahren hat die Auslegung einer Baukoordinierungsrichtlinie sowie der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge [2] (im Folgenden: Rechtsmittelrichtlinie) zum Gegenstand. Im Einzelnen geht es um die Zulässigkeit der Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft während eines Vergabeverfahrens und die Auswirkungen einer solchen Änderung auf den Rechtsschutz.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

2. Von den materiellen Vergaberichtlinien ist hier die Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung öffentlicher Bauaufträge [3] in der Fassung der Richtlinie 89/440/EWG [4] einschlägig, die im Wesentlichen der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge [5] (im Folgenden: Baukoordinierungsrichtlinie) entspricht, auf die im Folgenden auch Bezug genommen wird.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — ABl. L 395 vom 30. Dezember 1989, S. 33.

3 — ABl. L 185 vom 16. August 1971, S. 5.

4 — ABl. L 210 vom 21. Juli 1989, S. 1.

5 — ABl. L 199 vom 9. August 1993, S. 54, inzwischen geändert.

3. Deren Artikel 1 sieht u. a. vor:

„Im Sinne dieser Richtlinie

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

...

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

...“

4. Artikel 21 lautet:

„Angebote können auch von Bietergemeinschaften eingereicht werden. Von solchen Bietern kann nicht verlangt werden, dass sie zwecks Einreichung des Angebots eine bestimmte Rechtsform annehmen; dies kann jedoch verlangt werden, wenn ihnen der Zuschlag erteilt worden ist.“

5. Hinsichtlich des Rechtsschutzes sind hier die Vorschriften der Rechtsmittelrichtlinie maßgeblich.

6. Deren Artikel 1 Absatz 1 sah in der zum maßgeblichen Zeitpunkt geltenden Fassung vor:

„Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG und 77/62/EWG fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel, insbesondere von Artikel 2 Absatz 7, auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.“

7. Ihr Artikel 2 Absatz 1 sieht u. a. vor:

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

...

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

c) damit denjenigen, die durch den Rechtsverstoß geschädigt worden sind, Schadensersatz zuerkannt werden kann."

B — *Nationales Recht*

8. Für das streitige Ausschreibungsverfahren gelten vor allem die Vorschriften des Gesetzes Nr. 1418/1984 mit dem Titel „Öffentliche Arbeiten und Regelungen damit zusammenhängender Fragen" (23 A) und des Präsidialdekrets Nr. 609/1985 (223 A).

9. Im vorliegenden Verfahren entschied sich der Auftraggeber für ein Vergabeverfahren nach Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b des Gesetzes Nr. 1418/1984. Diese Verfahrensart sieht folgende Phasen vor:

10. Vorauswahl der Bewerber, Abgabe der Angebote, Prüfung der technischen Angebote, Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Angebote und Verhandlungen mit dem oder den so genannten vorläufigen Zuschlagsempfängern.

11. Artikel 5 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 1418/1984 bestimmt:

„Der Einsatz eines Dritten bei der Durchführung eines Teils oder der Gesamtheit der Arbeiten (Übertragung der Arbeiten) ist ohne die Zustimmung des Bauherrn verboten. In jedem Fall des Einsatzes eines Subunternehmers haftet der Auftragnehmer zusammen mit dem Subunternehmer gesamtschuldnerisch gegenüber dem Auftraggeber, dem mit den Arbeiten beschäftigten Personal und jedem Dritten. Ausnahmsweise kann der Einsatz eines

Subunternehmers unter Befreiung des Auftragnehmers von seiner Haftung gegenüber dem Auftraggeber genehmigt werden, wenn dies im Interesse der Arbeiten geboten ist und es dem Auftragnehmer offensichtlich unmöglich ist, die Arbeiten abzuschließen. Die erforderlichen Qualifikationen des Subunternehmers, die Folgen für den Auftragnehmer, das Verfahren für die Genehmigung der Substitution, die mit der Substitution eines Mitglieds einer Auftragnehmerarbeitsgemeinschaft zusammenhängenden Fragen und alle diesbezüglichen Einzelheiten werden durch Präsidialdekret geregelt."

12. Das u. a. aufgrund der Ermächtigung in der vorstehenden Vorschrift erlassene Präsidialdekret Nr. 609/1985 bestimmt in seinem Artikel 51 Absatz 1 Folgendes:

„1. Die Substitution durch ein anderes Bauunternehmen bei der Durchführung der Arbeiten gemäß Artikel 5 Absatz 6 des Gesetzes Nr. 1418/1984 wird von der für die Arbeiten verantwortlichen Dienststelle vorgeschlagen und von der vorgesetzten Behörde genehmigt. Die Genehmigung der Substitution setzt voraus, dass das Bauunternehmen, das an die Stelle des Auftragnehmers treten wird, nach Auffassung der vorgesetzten Behörde über die Qualifikationen verfügt, die auch von dem Auftragnehmer für die Vergabe der Arbeiten gefordert worden waren, und die erforderliche Gewähr für die Durchführung der Arbeiten bietet."

13. Die übrigen Vorschriften dieses Artikels enthalten Regelungen über die Genehmigung der Substitution unter Befreiung von der Haftung des ursprünglichen Auftragnehmers (Absatz 2), über die Substitution eines Mitglieds einer Auftragnehmerarbeitsgemeinschaft, wenn dieses Mitglied die Substitution beantragt (Absatz 3), über die Auflösung des Vertrages, wenn der Auftragnehmer in Konkurs fällt (Absatz 5), und über die Auflösung des Vertrages dem Grundsatz nach, wenn es sich bei dem Auftragnehmer um ein Unternehmen einer Einzelperson handelt und derjenige, der das Unternehmen betreibt, stirbt (Absatz 6).

14. Schließlich enthält Artikel 35 des oben genannten Präsidialdekrets Regelungen über die Verpflichtungen der Mitglieder einer Auftragnehmerarbeitsgemeinschaft in Bezug auf die Durchführung der Arbeiten, die von der Arbeitsgemeinschaft übernommen worden sind, in den Absätzen 6 und 7 dieses Artikels finden sich Regelungen über das Schicksal der Arbeitsgemeinschaft und die Verpflichtungen ihrer Mitglieder im Falle des Todes natürlicher Personen, die an der Arbeitsgemeinschaft mit ihren Einzelpersonenunternehmen beteiligt waren, und im Falle des Konkurses eines Mitglieds der Arbeitsgemeinschaft.

15. Aus der Verknüpfung der oben genannten Vorschriften ergibt sich, dass die die Ausschreibungen öffentlicher Arbeiten betreffende gesetzliche Regelung unter bestimmten Voraussetzungen die Substitution eines Mitglieds einer Arbeitsgemeinschaft vorsieht, der in der betreffenden Ausschreibung der Zuschlag erteilt worden ist. Diese Substitution, die stets nach Genehmigung durch den Bauherrn erfolgt, ist nur im Stadium der Durchführung der Arbeiten vorgesehen, d. h. dem Stadium, das auf die Unterzeichnung des Vertrages zwischen

dem Auftragnehmer und dem Bauherrn folgt, nicht aber in dem Stadium, das der Vergabe des Auftrags vorausgeht [6].

16. In der ergänzenden Bekanntmachung über die verfahrensgegenständliche Ausschreibung (Mitteilung für die zweite Phase des Ausschreibungsverfahrens) wird bestimmt, dass zur Teilnahme an dieser Phase die acht Gruppen berechtigt sind, die in der ersten Phase des Ausschreibungsverfahrens Interesse bekundet haben und vorausgewählt worden sind. Ebenfalls wird bestimmt, dass diese Gruppen so zur Teilnahme berechtigt sind, wie sie sich in der ersten Phase des Ausschreibungsverfahrens zusammengesetzt haben, dass die Bildung von Arbeitsgemeinschaften oder anderen Formen der Zusammenarbeit zwischen ihnen ausdrücklich ausgeschlossen ist und schließlich, dass die Erweiterung einer Gruppe um neue Mitglieder möglich ist, wobei diese jedoch in keinem Fall zu anderen Gruppen gehören dürfen, die zur Teilnahme an der zweiten Phase des Ausschreibungsverfahrens vorausgewählt worden sind.

17. Ferner bestimmt Artikel 12 dieser Bekanntmachung, dass die Akte jedes einzelnen Bewerbers alle Unterlagen umfassen muss, die belegen, dass der Bewerber die Rechtsform einer Arbeitsgemeinschaft hat. Zu diesen Unterlagen gehört ein notarieller Akt, der die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft zwischen allen Mitgliedern der Gruppe, die vorausgewählt worden ist, sowie den eventuellen neuen Mitgliedern gemäß Artikel 6 der Bekanntmachung bescheinigt. Die Akte jeder einzelnen Arbeitsgemeinschaft muss auch beglaubigte Protokolle der Verwaltungsratsitzungen aller Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft enthalten, durch die die Beteiligung der Mitglieder an der Arbeitsgemeinschaft genehmigt wird, unter Mitwirkung der anderen Mitglieder, die namentlich aufzuführen sind, sowie von den zuständigen Behörden beglaubigte Kopien der Satzungen der eventuellen neuen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft. Schließlich wird bestimmt, dass in der Akte alle Angaben enthalten sein müssen, die in den Artikeln 7.1, 7.2, 7.3 und 7.4 der Bekanntmachung über die erste Phase des Ausschreibungsverfahrens genannt sind.

18. Außerdem wird in der letztgenannten Bekanntmachung bestimmt, dass die Arbeitsgemeinschaften ihre Absichten in Bezug auf den Umfang ihrer Beteiligung an der Finanzierung der Arbeiten zu erklären haben und dass sie eine Erklärung vorzulegen haben, dass sie bereit sind, das erforderliche Kapital beizusteuern, durch das über irgendwelche Zuschüsse hinaus der Abschluss, die Fortführung und das Funktionieren der Arbeiten sichergestellt wird. Ferner wird bestimmt, dass jedes Bau- und Projektierungsunternehmen verpflichtet ist, eine Bescheinigung über die Eintragung in das Berufsregister des Landes vorzulegen, in dem es niedergelassen ist, und Belege über seine finanzielle und wirtschaftliche Eignung sowie über seine technische Leistungsfähigkeit. Schließlich wird bestimmt, dass die Unternehmen der Gruppe, die sich speziell mit der Ausführung der Arbeiten befassen werden, geeignete Bescheinigungen vorzulegen haben und ihre Befähigung und ihre Erfahrung mit der Ausführung von Bauarbeiten im Verkehrswesen und insbesondere mit dem Bau von Untergrundbahnen nachzuweisen haben.

6 — Staatsrat, Urteil Nr. 971/1998, Plenum.

19. Aus den oben genannten Bestimmungen der Bekanntmachung in Verbindung miteinander geht hervor, dass sie in der zweiten Phase des streitigen Ausschreibungsverfahrens die Möglichkeit vorsehen, eine Arbeitsgemeinschaft, die in der ersten Phase des Ausschreibungsverfahrens vorausgewählt worden war, um neue Mitglieder zu erweitern. Die Erweiterung ist jedoch nur bis zu dem Zeitpunkt vorgesehen, der für die Vorlage der Angebote der Bewerber festgesetzt ist. Wie sich aus den Akten ergibt, ist diese Beschränkung offensichtlich festgelegt worden, damit die für die Bekanntgabe des vorläufigen Zuschlagsempfängers zuständigen Vergabeausschüsse zunächst bei der Bewertung der technischen Angebote und anschließend bei der Bewertung der wirtschaftlichen Projekte sowie bei der Berechnung der Höhe der entsprechenden öffentlichen Aufwendungen — für jedes einzelne Mitglied der ausgewählten Arbeitsgemeinschaft getrennt — alle für die Ausschreibung erforderlichen Angaben in Bezug auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit jedes Mitglieds, die technischen Fähigkeiten und Möglichkeiten, über die es verfügt, sowie dessen Befähigung und Erfahrung für die Ausführung der streitigen Arbeiten zur Verfügung haben [7].

III — Sachverhalt, Ausgangsverfahren und Vorabentscheidungsfrage

20. Das Ministerium für Umwelt, Raumordnung und öffentliche Arbeiten schrieb mit einer durch die Entscheidung D1d/2/207 vom 18. Juni 1992 des Ministers genehmigten Bekanntmachung die erste Phase (Vorauswahlphase) einer internationalen Ausschreibung für die Nominierung eines Auftragnehmers für die „Planung und Errichtung, Eigenfinanzierung und den Betrieb einer Untergrundbahn für Thessaloniki" mit veranschlagten Kosten in Höhe von 65 000 000 000 GRD aus. In dieser Phase wählte der Vergabeausschuss acht Firmengruppen aus, die Interesse bekundet hatten; dazu gehört auch die Arbeitsgemeinschaft, die Berufung eingelegt hat. Anschließend wurden durch die Entscheidung D1/4/37 vom 1. Februar 1993 des Ministers für Umwelt, Raumordnung und öffentliche Arbeiten die Ausschreibungsunterlagen für die zweite Phase der Ausschreibungen genehmigt, zu denen die ergänzende Ausschreibung und das besondere Lastenheft gehören. In dieser Phase legten u. a. die Arbeitsgemeinschaft Makedoniko Metro (im Folgenden: Makedoniko) in ihrer ursprünglichen Zusammensetzung und die Arbeitsgemeinschaft Thessaloniki Metro (Bouygues) technische Angebote, wirtschaftliche Studien sowie wirtschaftliche und finanzielle Angebote vor.

21. Mitglieder der Vorläufer-Arbeitsgemeinschaft von Makedoniko waren im Zeitpunkt der Vorauswahl die Gesellschaften Michaniki AE, Fidel SpA, Edi-Sta-Edilizia Stradale SpA und Teknocenter-Centro Servizi Administrativi-Srl.

22. In der zweiten Phase der streitigen Ausschreibung, also nach der Vorauswahl und der Einladung zur Abgabe von Angeboten, wurde die Arbeitsgemeinschaft durch das Hinzukommen der Gesellschaft AEG Westinghouse Transport Systems GmbH (im Folgenden: AEG) erweitert. In

7 — Staatsrat, Urteil Nr. 971/1988, Plenum.

dieser Zusammensetzung hat die Arbeitsgemeinschaft auch ein Angebot abgegeben.

23. Wie aus den Akten hervorgeht und von den Parteien des Ausgangsverfahrens nicht bestritten wird, hatte die Arbeitsgemeinschaft diese letztere Zusammensetzung bei ihrer Nominierung als vorläufige Zuschlagsempfängerin (am 14. Juni 1994), also nach Abschluss der Prüfung der Angebote.

24. Nach der Bildung des Verhandlungsausschusses und dem Beginn der Verhandlungen zwischen dem griechischen Staat und der Arbeitsgemeinschaft als vorläufiger Zuschlagsempfängerin teilte die Arbeitsgemeinschaft mit Schreiben vom 29. März 1996 dem Minister für Umwelt, Raumordnung und öffentliche Arbeiten eine neue Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft (mit der Gesellschaft Michaniki AE, der Gesellschaft ABB Daimler-Benz Transportation [Deutschland] GmbH [Adtranz] und der aus den oben genannten drei italienischen Gesellschaften bestehenden Fidel Group) mit.

25. Auf Fragen im Zusammenhang mit Gerüchten, dass die Mitglieder der oben genannten Gruppe italienischer Gesellschaften in Konkurs gefallen seien und sich in Liquidation befänden, teilte die Arbeitsgemeinschaft dem Ausschuss für große Bauvorhaben mit Schreiben vom 14. Juni 1996 mit, dass die Gesellschaften der oben genannten Gruppe nicht mehr an der Arbeitsgemeinschaft beteiligt seien und dass Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft derzeit die Gesellschaften Michaniki AE, Adtranz und Transurb Consult seien. Wie sich aus den Akten ergibt, ist der notarielle Akt über die Bildung der Arbeitsgemeinschaft mit ihrer letztgenannten Zusammensetzung der Verwaltung nicht vorgelegt worden. Dieser notarielle Akt ist am 27. November 1996 unterzeichnet worden, kaum zwei Tage vor der Entscheidung des Ministers für Umwelt, Raumordnung und öffentliche Arbeiten über das Scheitern der Verhandlungen und fast zweieinhalb Jahre nach der Nominierung der Berufungsklägerin als vorläufige Zuschlagsempfängerin. In dieser Zusammensetzung hat die Arbeitsgemeinschaft später auch die Klage erhoben.

26. Der für den Auftraggeber handelnde Minister für Umwelt, Raumordnung und öffentliche Arbeiten stellte wesentliche Abweichungen der Positionen der Berufungsklägerin von den Vorschriften der Ausschreibungsunterlagen fest und vertrat die Auffassung, dass die Verhandlungen gescheitert seien; außerdem kündigte er den Abbruch der Verhandlungen zwischen dem griechischen Staat und der Berufungsklägerin an und lud die zweite Arbeitsgemeinschaft, als erste Anwärterin auf den vorläufigen Zuschlag, zu Verhandlungen ein.

27. In der Folge wandte sich die Arbeitsgemeinschaft an den griechischen Staatsrat und begehrte die Aufhebung der Entscheidung des Auftraggebers, mit der die

Verhandlungen abgebrochen wurden. Nach Auffassung des Staatsrates ist die Änderung in der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nur bis zur Abgabe der Angebote zulässig. Daher sei die Arbeitsgemeinschaft in ihrer geänderten Zusammensetzung nicht berechtigt, die Aufhebung zu beantragen.

28. Mit ihrer Klage vor dem Verwaltungsgericht erster Instanz Athen begehrten Makedoniko sowie auch die übrigen Gesellschaften, die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft sind, die Feststellung, dass der Staat verpflichtet ist, als Entschädigung und als finanziellen Ausgleich für den immateriellen Schaden, den sie durch die oben genannte rechtswidrige Handlung und Unterlassung erlitten haben, die in der Klageschrift genannten Beträge zu zahlen.

29. Diese Klage ist vom Verwaltungsgericht erster Instanz Athen mit der Begründung abgewiesen worden, dass die Arbeitsgemeinschaft in ihrer neuen Zusammensetzung, in der sie die Klage erhoben habe, nicht zur Forderung von Schadensersatz berechtigt sei.

30. Gegen das Urteil legte Makedoniko beim Verwaltungsgericht zweiter Instanz Athen Berufung ein und machte eine fehlerhafte Auslegung und Anwendung der einschlägigen Vorschriften durch das angefochtene Urteil geltend und stellte hilfsweise den Antrag, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften eine Vorabentscheidungsfrage nach der Auslegung der einschlägigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften vorzulegen.

31. Mit Beschluss vom 14. Juni 2000 legte das Verwaltungsgericht zweiter Instanz Athen dem Gerichtshof folgende Frage vor:

Ist eine Änderung der Zusammensetzung einer an Ausschreibungen für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge teilnehmenden Arbeitsgemeinschaft, die nach der Vorlage von Angeboten und der Auswahl der Arbeitsgemeinschaft als vorläufige Zuschlagsempfängerin erfolgt und von der Vergabestelle stillschweigend gebilligt wird, dahin auszulegen, dass sie dazu führt, dass die Arbeitsgemeinschaft ihr Recht, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, und demzufolge auch ihr Recht oder ihr Interesse daran verliert, dass der Auftrag für die Durchführung der Arbeiten an sie vergeben wird? Steht eine solche Auslegung im Einklang mit den Vorschriften und dem Geist der Richtlinien 93/37/EWG und 89/665/EWG?

IV — Zur Vorlagefrage

32. Damit der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht eine für das Ausgangs-

verfahren sachdienliche Antwort geben kann, sind, wie die Kommission und die österreichische Regierung zu Recht anregen, die beiden Vorlagefragen umzuformulieren [8].

33. So ist der Gerichtshof im Rahmen von Artikel 234 EG weder zur Auslegung innerstaatlicher Rechts- oder Verwaltungsvorschriften noch zu Äußerungen über deren Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht befugt. Er kann indessen dem vorlegenden Gericht Hinweise zur Auslegung des Gemeinschaftsrechts geben, die es diesem ermöglichen, die ihm vorliegende Rechtsfrage zu beantworten [9].

34. „Schließlich kann der Gerichtshof nach ständiger Rechtsprechung im Fall ungenau formulierter Fragen aus den vom vorlegenden Gericht gemachten Angaben und aus den Akten des Ausgangsverfahrens diejenigen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften ermitteln, die unter Berücksichtigung des Streitgegenstands einer Auslegung bedürfen." [10]

35. Aufgrund der im Vorlagebeschluss enthaltenen Angaben, insbesondere im Hinblick darauf, dass das vorlegende Gericht die Frage sowohl in Hinblick auf die einschlägige materielle Vergaberichtlinie, nämlich die Baukoordinierungsrichtlinie, als auch auf die entsprechende Rechtsmittelrichtlinie stellt, empfiehlt sich folgende Zweiteilung der Frage:

Sind die Bestimmungen der Baukoordinierungsrichtlinie dahin auszulegen, dass sie einer Regelung entgegenstehen, die die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nach Abgabe eines Angebots verbietet?

Ist die Rechtsmittelrichtlinie auf Entscheidungen betreffend die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft wie die des Ausgangsverfahrens anwendbar?

A — *Vorbringen der Beteiligten*

36. *Makedoniko* bringt vor, dass die Erweiterung der Arbeitsgemeinschaft um AEG vor der Abgabe der Angebote der ergänzenden Vergabebekanntmachung entsprach. Was die folgende Änderung in der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft, nämlich das Ausscheiden von AEG und die Aufnahme von Adtranz betrifft, weist Makedoniko darauf hin, dass

8 — Vgl. aus dem Vergaberecht das Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-107/98 (Teckal, Slg. 1999, I-8121).

9 — Urteile in der Rechtssache C-107/98 (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 33) und vom 4. Mai 1993 in der Rechtssache C-17/92 (Distribuidores Cinematográficos, Slg. 1993, I-2239, Randnr. 8).

10 — Urteile in der Rechtssache C-107/98 (zitiert in Fußnote 8, Randnr. 34), vom 13. Dezember 1984 in der Rechtssache 251/83 (Haug-Adrion, Slg. 1984, 4277, Randnr. 9) und vom 26. September 1996 in der Rechtssache C-168/95 (Arcaro, Slg. 1996, I-4705, Randnr. 21).

diese Gesellschaft aus der Fusion von AEG, die zwischenzeitlich ihren Namen auf AEG Schienenfahrzeuge GmbH gewechselt habe, mit AEG Nahverkehr und Wagen GmbH hervorgegangen sei. Als Rechtsnachfolger habe diese neue Gesellschaft die Rechte und Pflichten von AEG übernommen. Folglich habe es keine wesentliche Änderung in der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft gegeben.

37. Die letzte Änderung der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft sei darauf zurückzuführen gewesen, dass die Gesellschaften der Fidel Group aufgrund von Änderungen ihrer rechtlichen Situation gezwungen gewesen wären, die Arbeitsgemeinschaft zu verlassen. Die Gesellschaften der Fidel Group wurden 1995 liquidiert. Diese letzte Änderung habe zum Eintritt der Gesellschaft Transurb Consult geführt, die übrigens nur einen sehr kleinen Anteil gehabt habe.

38. Makedoniko macht geltend, dass es sich im vorliegenden Fall um einen typischen Vorgang im Rahmen eines öffentlichen Bauauftrags handle. Selbst wenn es sich um eine Baukonzession handle, käme die Rechtsmittelrichtlinie zur Anwendung, weil diese nur eine besondere Ausformung des allgemeinen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes sei.

39. Makedoniko schlägt vor, auf die Vorlagefrage zu antworten, dass die vom Auftraggeber stillschweigend geduldete und nach Abgabe der Angebote und vorläufiger Auswahl des Auftragnehmers erfolgte Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft, die an einem Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags oder der Erteilung einer Baukonzession teilgenommen habe, weder dazu führen könne, dass eine solche Arbeitsgemeinschaft dadurch ihre Eigenschaft als Bieter verliere, noch dass ihr oder ihren Mitgliedern das Interesse an der Vergabe oder die Aktivlegitimation genommen würde, ihre vom Gemeinschaftsrecht verliehenen Rechte geltend zu machen. Letzteres gilt umso mehr, als diese Änderung weder in der Entscheidung über die Beendigung der Verhandlungen mit ihr noch in der Entscheidung über ihren Ausschluss als Grund erwähnt sei. Jede gegenteilige Auslegung der einschlägigen nationalen Bestimmungen würde Geist und Buchstaben der Baukoordinierungsrichtlinie, der Rechtsmittelrichtlinie und des allgemeinen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes verletzen. In der mündlichen Verhandlung vertrat Makedoniko ferner die Auffassung, dass das Verbot der Änderung der Zusammensetzung nach Abgabe der Angebote gegen die Dienstleistungsfreiheit verstoße.

40. Die *griechische Regierung* weist darauf hin, dass weder die Baukoordinierungsrichtlinie noch die Rechtsmittelrichtlinie die Änderung der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft erwähnen. Es sei nicht erlaubt, die Zusammensetzung während der Verhandlungen mit jenem Bieter zu ändern, der vorläufig als Auftragnehmer

ausgewählt worden sei. Das folge daraus, dass alleiniger Inhalt der Verhandlungen der endgültige Inhalt des Vergabevertrags sei und nicht die Identität des Auftragnehmers, die nicht verhandelbar sei. Deshalb dürfe sich die Identität eines vorläufig ausgewählten Auftragnehmers nicht ändern.

41. Mangels Regelung durch das Gemeinschaftsrecht ergebe sich die Zulässigkeit einer Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft allein aus dem nationalen Recht, das eben das Ersetzen eines Mitglieds einer Arbeitsgemeinschaft während der Verhandlungen nicht vorsehe. Die Vorlagefrage sei daher zu bejahen.

42. Die *österreichische Regierung* regt zunächst eine Umformulierung der Vorlagefrage an.

43. Für die österreichische Regierung folgt dann aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach die Vergaberichtlinien kein einheitliches und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht geschaffen haben, dass der nationale Gesetzgeber im Rahmen dieser Richtlinien Regelungen erlassen kann, wie es Griechenland auch getan habe. Darüber hinaus verfügten auch die öffentlichen Auftraggeber über einen gewissen Spielraum, etwa bei der Festlegung von Regelungen betreffend Arbeitsgemeinschaften. Die Grenzen für diesen Freiraum ergäben sich aus dem Primärrecht.

44. Der Zweck der Vergaberichtlinien bestehe darin, eine Bevorzugung einheimischer Bieter zu verhindern und die Möglichkeit auszuschließen, dass sich öffentliche Auftraggeber von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen.

45. Die umformulierte Vorlagefrage sei daher wie folgt zu beantworten:

„Die Bestimmungen der Richtlinie 93/37/EWG stehen einer Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nach Vorlage von Angeboten nicht entgegen. Die Arbeitsgemeinschaft verliert aufgrund der Bestimmungen der Richtlinie 93/37/EWG nicht ihr Recht, sich an der Ausschreibung zu beteiligen, und demzufolge auch nicht ihr Recht oder ihr Interesse daran, dass der Auftrag für die Durchführung der Arbeiten an sie vergeben wird."

46. Nach Auffassung der *Kommission* könnte der erste Teil der Vorlagefrage da-

hin gehend verstanden werden, dass der Gerichtshof sich zu nationalem Recht äußern sollte, wofür er jedoch nicht zuständig sei. Daher schlägt die Kommission die Umformulierung der Vorlagefrage und ihre Aufgliederung in drei Teile vor.

47. Erstens sei darauf hinzuweisen, dass die Baukoordinierungsrichtlinie über die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft keine ausdrücklichen Vorschriften enthalte. Artikel 21 sehe lediglich vor, dass von Bietergemeinschaften, die Angebote abgeben, vor dem Zuschlag nicht eine bestimmte Rechtsform verlangt werden dürfe. Es bleibe daher dem nationalen Gesetzgeber oder dem einzelnen Auftraggeber überlassen, das Nähere zu regeln. Das gelte auch für Baukonzessionen.

48. Auf den ersten Teil der umformulierten Vorlagefrage sei daher zu antworten, dass die Baukoordinierungsrichtlinie keine Vorschriften enthalte, die einer Vorschrift der nationalen Gesetzgebung oder der Verdingungsunterlagen entgegenstehen, wonach die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft ab einer bestimmten Phase des Vergabeverfahrens nicht mehr zulässig sei. Das gelte insbesondere nach der Abgabe eines Angebots.

49. Des Weiteren nimmt die Kommission eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Bietern an, wenn ein Auftraggeber zugunsten eines Bieters einseitig die in den Verdingungsunterlagen als unveränderbar festgelegten Bedingungen ändern könne, ohne das gesamte Vergabeverfahren wiederzueröffnen. Dies würde sonst den anderen — auch potenziellen — Bietern die Möglichkeit nehmen, von dieser Änderung zu profitieren. Auf den zweiten Teil der Vorlagefrage sei daher zu antworten, dass das Gemeinschaftsrecht einem öffentlichen Auftraggeber nicht gestatte, mit einem Bieter weiter zu verhandeln, der seine Zusammensetzung unter Verletzung des nationalen Rechts oder der Verdingungsunterlagen geändert habe.

50. Hinsichtlich des dritten Teils der Vorlagefrage erinnert die Kommission daran, dass nach Artikel 1 Absatz 1 der Rechtsmittelrichtlinie nur Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht und gegen das einzelstaatliche Recht, das dieses Recht umsetzt, nachgeprüft werden können. Diese Bestimmung verpflichte daher die Mitgliedstaaten nicht, Verfahren vorzusehen, die die Nachprüfung von Entscheidungen erlauben, die im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffen wurden und die Vorschriften verletzen, die nicht Vergaberichtlinien umsetzen.

51. Auf die Vorlagefrage ist daher nach Auffassung der Kommission zu antworten,

dass die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft, die gegen nationales Recht oder die Verdingungsunterlagen verstößt, nicht die Ausübung der Rechte berührt, die die Arbeitsgemeinschaft auf der Grundlage der Rechtsmittelrichtlinie geltend machen könnte, insbesondere Schadensersatz zu verlangen.

B — *Würdigung*

52. Für die Beantwortung der Vorlagefrage empfiehlt es sich, zunächst darauf hinzuweisen, dass der Rechtsschutz in einem Nachprüfungsverfahren aufgrund der Rechtsmittelrichtlinie nur dann greift, wenn die Voraussetzungen ihres Geltungsbereichs erfüllt sind. Da dieser jedoch an den Geltungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien, also auch der Baukoordinierungsrichtlinie anknüpft, ist zu untersuchen, ob das gegenständliche Vergabeverfahren in deren Geltungsbereich fällt.

53. Dabei kann es zunächst dahingestellt bleiben, ob das streitige Vergabeverfahren die Vergabe einer Baukonzession oder eines Bauauftrags zum Gegenstand hat.

1. Zur Anwendbarkeit der Baukoordinierungsrichtlinie

54. Zu Beginn ist auf das Argument der griechischen Regierung einzugehen, wonach gemäß der Rechtsprechung des Gerichthofes [11] ein Auftraggeber von der Vergabe absehen kann. Dieser Aspekt ist für die Beantwortung der vorliegenden Frage insoweit nicht zielführend, als das einschlägige Urteil eine andere Konstellation als die des Ausgangsverfahrens betraf. So kam es dort deswegen zur Beendigung des Vergabeverfahrens ohne Erteilung des Zuschlags, weil der Auftraggeber sich für ein anderes Material als in der Ausschreibung vorgesehen entschieden hatte, was aber eine Änderung des Gegenstands des Auftrags bedeutet hätte. Im Unterschied zu dem von der griechischen Regierung zitierten Urteil hat sich der Auftraggeber im vorliegenden Verfahren nicht nur für eine andere Verfahrensart entschieden, sondern es lagen ihm auch mehrere in die Wertung einzubeziehende Angebote vor.

55. Gegen die Auffassung der griechischen Regierung spricht auch, dass es grundsätzlich auch Fälle geben kann, in denen der Auftraggeber nach Gemeinschaftsrecht den Zuschlag zu erteilen hat; es stellt sich also die Frage, ob eine solche Verpflichtung

11 — Urteil vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-27/98 (Fracasso und Leitschutz, Slg. 1999, I-5697).

auch im Ausgangsverfahren besteht. Dies setzt jedoch voraus, dass das Gemeinschaftsrecht solche Konstellationen, nämlich die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft, überhaupt regelt.

56. Im Folgenden ist also zu prüfen, ob die Baukoordinierungsrichtlinie auf Regelungen betreffend Arbeitsgemeinschaften wie die des Ausgangsverfahrens Anwendung findet und ob diese Richtlinie den verfahrensgegenständlichen nationalen Regelungen entgegensteht.

57. Dabei ist von dem in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zum Ausdruck kommenden Grundsatz auszugehen, wonach sich aus dem Titel und den Erwägungsgründen der Baukoordinierungsrichtlinie ergibt, dass diese lediglich die Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge zum Gegenstand hat und somit keine umfassende Gemeinschaftsregelung in diesem Bereich vorsieht [12].

58. Eine ausdrückliche Regelung über Arbeitsgemeinschaften findet sich lediglich in Artikel 21 der Baukoordinierungsrichtlinie. Diese Bestimmung regelt jedoch nur bestimmte Rechtsprobleme im Zusammenhang mit Arbeitsgemeinschaften. So räumt sie diesen das Recht ein, Angebote einzureichen. Des Weiteren verbietet sie zwar, von den Arbeitsgemeinschaften zwecks Einreichung der Angebote eine bestimmte Rechtsform zu verlangen, gestattet dies aber für den Fall des Zuschlags.

59. Die Auffassung der österreichischen Regierung und der Kommission, dass die Vergaberichtlinien die Änderung in der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nicht ausdrücklich regeln, trifft daher zu.

60. Angesichts dieser beiden Umstände, nämlich keine vollständige Harmonisierung und Bestehen einer nur punktuellen Regelung über Arbeitsgemeinschaften, könnte man daraus den Umkehrschluss ziehen, dass andere Aspekte betreffend Arbeitsgemeinschaften von der Baukoordinierungsrichtlinie nicht erfasst werden. Daraus könnte man wiederum folgern, dass Mitgliedstaaten und Auftraggeber frei sind, solche nicht erfassten Aspekte zu regeln. Dazu gehörten auch Regelungen über die Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft, wie etwa die an deren Änderung geknüpften Rechtsfolgen.

61. Im vorliegenden Fall bestanden solche — nationalen — Regelungen über die Änderung der Zusammensetzung einer Ar-

12 — Urteil vom 27. November 2001 in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (Impresa Lombardini SpA u. a., Slg. 2001, I-9233, Randnr. 33).

beitsgemeinschaft. Diese kamen bei der — noch nach der Prüfung der Eignung — vorgenommenen Änderung in der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft zum Tragen. Diesbezüglich weist die Kommission zu Recht darauf hin, dass den Vergaberichtlinien keine Verpflichtung des Auftraggebers zu entnehmen ist, die Eignung der Arbeitsgemeinschaft in ihrer neuen Zusammensetzung zu prüfen. Sieht das nationale Recht eine neuerliche Prüfung der Arbeitsgemeinschaft nach der Änderung ihrer Zusammensetzung vor und wird diese trotzdem nicht durchgeführt, handelt es sich daher um ein nach nationalem Recht zu entscheidendes Rechtsproblem.

62. Es ist also festzuhalten: Die Baukoordinierungsrichtlinie enthält für eine solche Konstellation keine Regelung, weshalb „nur" das nationale Recht zur Anwendung kommt. Dabei sind die Mitgliedstaaten einschließlich der ihnen zuzurechnenden Auftraggeber allerdings nicht völlig frei. Vielmehr haben sie die Grenzen zu beachten, die sich aus dem Gemeinschaftsrecht ergeben und auf die im Folgenden eingegangen wird.

2. Allgemeine Grundsätze der Vergaberichtlinien

63. Den Vergaberichtlinien lassen sich bestimmte Grundsätze entnehmen. Die griechische Regierung nennt zutreffenderweise die Prinzipien der Transparenz und des Wettbewerbs. Der Gerichtshof hat dazu ausgeführt, dass aus der Präambel sowie dem zweiten und zehnten Erwägungsgrund der Baukoordinierungsrichtlinie hervorgeht, dass sie die „Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge beseitigen [soll], um die betreffenden Märkte einem echten Wettbewerb zwischen den Unternehmern der Mitgliedstaaten zu öffnen" [13].

64. Dazu kommt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung der Bieter zu beachten, wobei der Gerichtshof einige Bestimmungen der Vergaberichtlinien anführt, die ausdrücklich die Gleichbehandlung normieren [14].

65. Aus dem Verbot der Diskriminierung leitet der Gerichtshof wiederum die Verpflichtung zur Transparenz ab, die dazu dient, dass der öffentliche Auftraggeber feststellen kann, ob das Verbot beachtet wird [15]. Selbst wenn man die Auffassung vertreten sollte, dass den Vergaberichtlinien eine Gleichbehandlungspflicht nicht zu entnehmen ist, bleibt noch immer der zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen gehörende Gleichheitssatz.

13 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 34); siehe auch das Urteil vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-399/98 (Ordine degli Architetti u. a., Slg. 2001, I-5409, Randnr. 52).

14 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (zitiert in Fußnote 12), Randnr. 37.

15 — Urteil in den verbundenen Rechtssachen C-285/99 und C-286/99 (zitiert in Fußnote 12, Randnr. 38); vgl. das Urteil vom 18. November 1999 in der Rechtssache C-275/98 (Unitron Scandinavia und 3-S, Slg. 1999, I-8291, Randnr. 31).

66. Die Gleichbehandlungspflicht der Vergaberichtlinien wie auch der Gleichheitssatz wären nun aber verletzt, wenn der Auftraggeber einseitig von den von ihm selbst aufgestellten Regelungen betreffend die Änderung der Zusammensetzung von Arbeitsgemeinschaften abgeht, insbesondere, wenn er mit einem Bieter Verhandlungen führt, dessen Angebot nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht. Insofern kann die Verletzung eines nationalen Verbotes auf einen Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht hinauslaufen.

67. Das von Makedoniko angeführte Diskriminierungsverbot nach Artikel 1 Absatz 2 der Rechtsmittelrichtlinie ist hingegen nicht einschlägig. Denn diese Vorschrift enthält zwar Vorgaben für die Ausgestaltung des Rechtsschutzes, dehnt aber nicht den Geltungsbereich der Rechtsmittelrichtlinie auf Verstöße gegen nationales Recht aus.

3. Primärrecht

68. Ferner sei daran erinnert, dass die Vergaberegelungen der Mitgliedstaaten sowie die konkreten Vergaberegelungen der dem Staat zuzurechnenden Auftraggeber dem primären Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Grundfreiheiten und den an den Staat gerichteten Wettbewerbsvorschriften, einschließlich des Beihilferechts, unterliegen [16].

69. In diesem Zusammenhang ist allgemein darauf hinzuweisen, dass nach den Grundfreiheiten nicht nur offene oder versteckte Diskriminierungen verboten sind, sondern auch unterschiedslos geltende Regelungen, die eine der Grundfreiheiten in unverhältnismäßiger Weise beschränken. Dafür, dass das griechische Recht gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt, bieten die dem Gerichtshof vorliegenden Angaben keinen Anhaltspunkt. Im Übrigen ist die Auslegung der Dienstleistungsfreiheit nicht Gegenstand der Vorlagefrage und damit auch nicht dieses Vorabentscheidungsverfahrens.

4. Äquivalenz- und Effektivitätsgrundsatz

70. Da es, wie oben ausgeführt, an speziellen gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften fehlt, die die Änderung in der Zusammensetzung von Arbeitsgemeinschaften regeln, sind dafür grundsätzlich die Mitgliedstaaten zuständig.

16 — Urteile vom 22. Juni 1993 in der Rechtssache C-243/89 (Kommission/Dänemark, Slg. 1993, I-3353), vom 28. Oktober 1999 in der Rechtssache C-328/96 (Kommission/Österreich, Slg. 1999, I-7479) sowie vom 26. September 2000 in der Rechtssache C-225/98 (Kommission/Frankreich, Slg. 2000, I-7445).

Diese unterliegen dabei generell den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität [17].

71. Nach dem Äquivalenzgrundsatz dürfen die Modalitäten des nationalen Rechts, also auch des materiellen Vergaberechts, nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende, d. h. vergleichbare innerstaatliche Vorschriften.

72. Der Effektivitätsgrundsatz verpflichtet die Mitgliedstaaten einschließlich der dem Staat zuzurechnenden Auftraggeber dazu, die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich zu machen oder übermäßig zu erschweren.

5. Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren

73. Wie eingangs ausgeführt, gilt die Rechtsmittelrichtlinie, und damit auch die darin geregelten Nachprüfungsverfahren, nur für diejenigen Vergaben, die auch unter eine der Vergaberichtlinien, also etwa die Baukoordinierungsrichtlinie, fallen.

74. Für die Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie spricht, dass die Nachprüfungsverfahren der Rechtsmittelrichtlinie, wie von der Kommission vorgebracht, auch *Entscheidungen* des Auftraggebers erfassen, mit denen Verhandlungen mit Bietern unterbrochen werden. Das ergibt sich aus der weiten Fassung von Artikel 1 bzw. Artikel 2 der Rechtsmittelrichtlinie, die von „Entscheidungen" ohne weitere Einschränkung sprechen. Diese weite Auslegung lässt sich nicht nur der Entstehungsgeschichte entnehmen, sondern entspricht auch dem Ziel der Rechtsmittelrichtlinie, den Rechtsschutz zu verbessern und wirksam zu gestalten.

Für die Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie könnte man noch anführen, dass deren Artikel 1 Maßnahmen erfasst, die die Mitgliedstaaten in Bezug auf die „in den Anwendungsbereich der Richtlinien... fallenden Verfahren" ergreifen. Dass aber das vorliegende Vergabeverfahren als solches unter eine der Vergaberichtlinien fällt, ist unstreitig.

75. Gegen die Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie auf *Entscheidungen* in Bezug auf die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft könnte man einwenden, dass sich die Entscheidung des Auftraggebers auf nationales Recht bezieht, im vorliegenden Fall also auf die Regelung betreffend die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft. Der materielle Rechtsgrund für diese Ent-

17 — Zu diesen beiden Grundsätzen siehe z. B. die Urteile vom 10. Juli 1997 in der Rechtssache C-261/95 (Palmisani, Slg. 1997, I-4025, Randnr. 27) und vom 20. September 2001 in der Rechtssache C-453/99 (Courage, Slg. 2001, I-6297).

scheidung liegt demnach im nationalen Recht.

76. Eine solche Auslegung findet ihre Stütze in Artikel 1 der Rechtsmittelrichtlinie. Denn nach dieser Bestimmung gilt die Rechtsmittelrichtlinie nur für Verstöße gegen das „Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen".

77. Da es an solchen, d. h. gemeinschaftsrechtlichen Regelungen über die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft überhaupt fehlt, kann es logischerweise auch keine Verstöße gegen solche gemeinschaftsrechtlichen Regelungen oder ihre Umsetzung geben. Da derartige Vorschriften zum rein nationalen Recht gehören, ist im vorliegenden Fall eine der Geltungsbereichsvoraussetzungen der Rechtsmittelrichtlinie nicht erfüllt.

78. Die in der Rechtsmittelrichtlinie normierten Rechtsschutzinstrumente, wie etwa das Nachprüfungsverfahren, finden nämlich nur dann auf Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber Anwendung, wenn eine solche Entscheidung gegen die in Artikel 1 der Rechtsmittelrichtlinie genannten Vorschriften verstößt. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Auftraggeber mit einem Bieter Verhandlungen führt, dessen Angebot nicht den Ausschreibungsbedingungen entspricht, und er damit gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstößt.

79. Verstößt eine Entscheidung eines Auftraggebers sowohl gegen nationales Recht als auch gegen Gemeinschaftsrecht oder Umsetzungsvorschriften, so unterliegt eine solche Entscheidung insoweit der Rechtsmittelrichtlinie, als es um die Prüfung der Entscheidung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts oder der Umsetzungsvorschriften geht. Nur auf diesen Aspekt sind die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie, etwa das Recht auf ein Nachprüfungsverfahren, anwendbar. Ob der Auftraggeber im streitigen Vergabeverfahren auch andere Entscheidungen als den Ausschluss der Arbeitsgemeinschaft wegen Änderung ihrer Zusammensetzung getroffen hat oder ob in der Entscheidung über den Ausschluss auch andere Maßnahmen getroffen werden, wie die Fortführung des Vergabeverfahrens mit einem anderen Bieter, ist nicht Gegenstand der Vorlagefrage. Diese beschränkt sich auf die Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie im Hinblick auf Regelungen über die Änderung der Zusammensetzung von Arbeitsgemeinschaften.

80. Der obige Befund schließt freilich nicht aus, dass die Mitgliedstaaten in ihren Umsetzungsvorschriften vorsehen, dass die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie auch auf Verstöße gegen nationales Recht, z. B. gegen Vorschriften über die Änderung der Zusammensetzung von Arbeitsgemeinschaften, Anwendung finden.

6. Abschließende Bemerkungen

81. Da der verfahrensgegenständliche Aspekt, nämlich die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft, nicht unter die Baukoordinierungsrichtlinie fällt, ist es nicht erforderlich, das streitige Vergabeverfahren dahin gehend zu beurteilen, ob es sich dabei um die Vergabe einer Baukonzession oder eines Bauauftrags handelt.

82. Auf die Vorlagefragen ist zu antworten, dass die Bestimmungen der Baukoordinierungsrichtlinie dahin gehend auszulegen sind, dass sie einer Regelung nicht entgegenstehen, die die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nach Abgabe eines Angebots verbietet. Die Rechtsmittelrichtlinie ist auf Entscheidungen betreffend die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft wie die des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar.

V — Ergebnis

83. Nach all dem wird dem Gerichtshof vorgeschlagen, auf die Vorlagefragen wie folgt zu antworten:

Die Bestimmungen der Richtlinie 71/305/EWG über die Koordinierung öffentlicher Bauaufträge in der Fassung der Richtlinie 89/440/EWG bzw. der Richtlinie 93/37/EWG zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge sind dahin gehend auszulegen, dass sie einer Regelung nicht entgegenstehen, die die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft nach Abgabe eines Angebots verbietet.

Die Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge ist auf Entscheidungen betreffend die Änderung der Zusammensetzung einer Arbeitsgemeinschaft wie die des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar.