SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT

vom 13. März 2008 [1]

I — Einleitung

1. Im vorliegenden Fall befasst das österreichische Bundesvergabeamt den Gerichtshof mit einem äußerst umfangreichen Fragenkatalog zur Auslegung verschiedener gemeinschaftsrechtlicher Bestimmungen aus dem Recht der öffentlichen Aufträge. Dabei geht es im Kern um die Auslegung des Begriffs der „Vergabe" im Sinne des Vergaberechts. Insbesondere ist zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Änderung eines bestehenden Vertrags als erneute Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen ist, mit der Folge, dass zuvor gegebenenfalls ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss und nicht berücksichtigten Unternehmen Rechtsschutz zusteht.

2. Hintergrund dieses Vorabentscheidungsersuchens ist ein erbitterter Streit um die Erbringung von Nachrichtenagenturleistungen für die österreichischen Bundesbehörden, in dem die pressetext Nachrichtenagentur, ein vergleichsweise neuer Anbieter auf dem österreichischen Markt, mit rechtlichen Mitteln gegen Vertragsbeziehungen vorgeht, die traditionell zwischen der Republik Österreich und der alteingesessenen Austria Presse Agentur bestehen und in den Jahren 2000, 2001 und 2005 jeweils Gegenstand von Änderungen waren.

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Gemeinschaftsrecht*

3. Den gemeinschaftsrechtlichen Rahmen dieses Falls bestimmen zwei Richtlinien aus dem Bereich des Vergaberechts, und zwar

— die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher

1 — Originalsprache: Deutsch.

Dienstleistungsaufträge [2] (im Folgenden: Richtlinie 92/50) und

— die 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 [3] in der durch die Richtlinie 92/50 geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665) [4].

Einschlägige Bestimmungen der Richtlinie 92/50

4. Unter den allgemeinen Vorschriften in Abschnitt I der Richtlinie 92/50 enthält Art. 1 Buchst. f folgende Begriffsbestimmung:

„[Im Sinne dieser Richtlinie] sind ‚Verhandlungsverfahren' diejenigen einzelstaatlichen Verfahren, bei denen die Auftraggeber ausgewählte Dienstleistungserbringer ansprechen und mit einem oder mehreren von diesen über die Auftragsbedingungen verhandeln."

5. Art. 3 der Richtlinie 92/50, der sich ebenfalls in deren Abschnitt I findet, lautet auszugsweise wie folgt:

„(1) Die Auftraggeber wenden bei der Vergabe ihrer öffentlichen Dienstleistungsaufträge und bei der Durchführung von Wettbewerben Verfahren an, die den Bestimmungen dieser Richtlinie angepasst sind.

(2) Die Auftraggeber sorgen dafür, dass keine Diskriminierung von Dienstleistungserbringern stattfindet.

…"

6. In Abschnitt II der Richtlinie 92/50 finden sich unter der Überschrift „Zweistufige Anwendung" die Art. 8 bis 10, die folgenden Wortlaut haben:

2 — ABl. L 209, S. 1. Diese Richtlinie wurde aufgehoben und ersetzt durch die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (ABl. L 134, S. 114). Letztere Rechtsänderung war allerdings erst zum 31. Januar 2006 in nationales Recht umzusetzen. Da sie auch nicht vorzeitig ins österreichische Recht umgesetzt wurde, ist sie für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens, der die Jahre 2000, 2001 und 2005 betrifft, ohne Bedeutung.

3 — ABl. L 395, S. 33.

4 — Weitere Änderungen zu dieser Richtlinie finden sich in der Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (ABl. L 335, S. 31, im Folgenden: Richtlinie 2007/66). Letztere Änderungen sind allerdings erst am 9. Januar 2008 in Kraft getreten und werden bis zum 20. Dezember 2009 umzusetzen sein; sie sind folglich für den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht von Bedeutung.

„*Artikel 8*

Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs I A sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben.

Artikel 9

Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs I B sind, werden gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben.

Artikel 10

Aufträge, deren Gegenstand Dienstleistungen des Anhangs I A und des Anhangs I B sind, werden nach den Vorschriften der Abschnitte III bis VI vergeben, wenn der Wert der Dienstleistungen des Anhangs I A größer ist als derjenige der Dienstleistungen des Anhangs I B. Ist dies nicht der Fall, so werden sie gemäß den Artikeln 14 und 16 vergeben."

7. Abschnitt III der Richtlinie 92/50 trägt die Überschrift „Wahl der Vergabeverfahren und Durchführung von Wettbewerben". Dort findet sich Art. 11 Abs. 3, der folgende Regelung enthält:

„Die Auftraggeber können in folgenden Fällen Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben:

...

b) wenn die Dienstleistungen aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Dienstleistungserbringer ausgeführt werden können;

...".

8. Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 92/50, der zu deren Abschnitt VI gehört, bestimmt:

„Kann ein Dienstleistungserbringer aus einem stichhaltigen Grund die vom Auftraggeber geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann er seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Vorlage anderer, vom Auftraggeber für geeignet erachteter Belege nachweisen."

Einschlägige Bestimmungen der Richtlinie 89/665

9. In Art. 1 der Richtlinie 89/665 ist Folgendes vorgesehen:

„(1) Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinien 71/305/EWG, 77/62/EWG und 92/50/EWG fallenden Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge die Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der nachstehenden Artikel … auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können.

(2) Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die in dieser Richtlinie getroffene Unterscheidung zwischen einzelstaatlichen Vorschriften zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und den übrigen innerstaatlichen Bestimmungen nicht zu Diskriminierungen zwischen Unternehmen führt, die im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags einen Schaden geltend machen könnten.

(3) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass das Nachprüfungsverfahren entsprechend den gegebenenfalls von den Mitgliedstaaten festzulegenden Bedingungen zumindest jedem zur Verfügung steht, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Liefer- oder Bauauftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht. Die Mitgliedstaaten können insbesondere verlangen, dass derjenige, der ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber zuvor von dem behaupteten Rechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichten muss."

10. In Art. 2 der Richtlinie 89/665 heißt es:

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

…

b) damit die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen … vorgenommen oder veranlasst werden kann;

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

(2) Die in Absatz 1 genannten Befugnisse können getrennt mehreren Instanzen übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind.

…

(5) Die Mitgliedstaaten können vorschreiben, dass bei Schadensersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese zunächst von einer mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Instanz aufgehoben worden sein muss.

…“

B — *Nationales Recht*

11. Aus dem österreichischen Recht ist § 331 des Bundesvergabegesetzes in seiner am 1. Februar 2006 in Kraft getretenen Fassung [5] (im Folgenden: BVergG 2006) hervorzuheben, der die Rechtsgrundlage für das Feststellungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt bildet und auszugsweise wie folgt lautet:

„(1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass

1. die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

…

4. eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.“

12. Gemäß § 332 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 erlischt das in § 331 BVergG 2006 vorgesehene Recht auf Feststellung spätestens sechs Monate, nachdem der Zuschlag erteilt wurde.

5 — BGBl. I, Nr. 17/2006.

13. Aus § 132 Abs. 3 BVergG 2006 folgt, dass ein erfolgreicher Antrag nach § 331 Abs. 1 Nr. 4 jenes Gesetzes zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung zur Nichtigkeit des Vertragsverhältnisses führt.

14. Vom Feststellungsverfahren zu unterscheiden ist die Schadensersatzklage, für die nicht das Bundesvergabeamt, sondern die österreichischen Zivilgerichte zuständig sind. Gemäß § 341 Abs. 2 BVergG 2006 ist eine Schadensersatzklage nur zulässig, wenn zuvor ein Feststellungsverfahren erfolgreich durchgeführt wurde.

III — Sachverhalt und Ausgangsverfahren

15. Den Hintergrund dieses Falls bildet ein Sachverhalt, der sich, gestützt auf die im Vorlagebeschluss gemachten Angaben, wie folgt zusammenfassen lässt.

1. Die am Verfahren beteiligten Nachrichtenagenturen

16. Die Austria Presse Agentur (im Folgenden: APA) wurde nach dem Zweiten Weltkrieg in Österreich in Form einer Genossenschaft [6] gegründet [7], wobei nahezu alle österreichischen Tageszeitungen und auch der Österreichische Rundfunk ORF Genossenschaftsmitglieder sind. Zusammen mit ihren Konzerngesellschaften ist APA Marktführerin auf dem Nachrichtenagenturmarkt in Österreich und erbringt der Republik Österreich traditionell verschiedene Nachrichtenagenturleistungen.

17. Die pressetext Nachrichtenagentur GmbH (im Folgenden: PN) ist seit 1999 auf dem österreichischen Nachrichtenagenturmarkt tätig, hat aber bisher nur in geringem Ausmaß Presseaussendungen für Bundesdienststellen durchgeführt. Auch hat PN weniger journalistische Mitarbeiter als APA und verfügt nicht über ein so großes Archiv wie APA. Im Jahr 2004 bot PN der Republik Österreich Nachrichtenagenturleistungen an, dieses Angebot führte aber nicht zu einem Vertragsabschluss.

6 — Aus den Akten ergibt sich, dass es sich um eine registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung handelt.

7 — Eine Vorgängerorganisation der APA, die „Österreichische Correspondenz“, war bereits 1849 in Wien gegründet worden.

2. Die streitigen Vertragsbeziehungen zwischen APA und der Republik Österreich

18. Im Jahr 1994, also noch vor ihrem Beitritt zur Europäischen Union, schloss die Republik Österreich einen sogenannten Basisvertrag mit APA, der die Erbringung bestimmter Dienstleistungen gegen Entgelt vorsah [8]. Dieser Basisvertrag erlaubte im Wesentlichen den österreichischen Bundesdienststellen, aktuelle Informationen einzusehen und zu verwenden („Basisdienst"), historische Informationen und historische Presseaussendungen aus einer „APADok" genannten Datenbank von APA abzufragen und den Originaltextservice „OTS" von APA sowohl zu ihrer Information als auch zur Verbreitung ihrer eigenen Presseaussendungen zu nutzen. Die Datenbank APADok enthält die Daten des Basisdienstes seit dem 1. Januar 1988 und der OTS-Aussendungen seit dem 1. Juni 1989.

19. Der Basisvertrag wurde auf unbestimmte Dauer geschlossen, wobei ein Kündigungsverzicht vereinbart war, aufgrund dessen eine Vertragsbeendigung frühestens zum 31. Dezember 1999 möglich gewesen wäre. Der Basisvertrag enthielt auch Bestimmungen über den Zeitpunkt der ersten Preiserhöhungen, den Maximalbetrag jeder Erhöhung und die Indexierung von Preisen auf der Basis des Verbraucherpreisindexes 1986, wobei der Bezugswert die für das Jahr 1994 errechnete Indexzahl war.

8 — Nach Angaben des am Verfahren beteiligten Präsidiums des Bundeskanzleramts handelte es sich dabei um die Anpassung eines bereits seit 1946 bestehenden Vertragsverhältnisses.

20. Im September 2000 gründete APA die zu 100 % in ihrem Eigentum befindliche Tochtergesellschaft APA-OTS Originaltext-Service GmbH (im Folgenden: APA-OTS). Zwischen beiden Gesellschaften besteht ein Gewinn- und Verlustausschließungsvertrag, aus dem sich nach Angaben von APA und APA-OTS ergibt, dass die APA-OTS finanziell, organisatorisch und wirtschaftlich in das Unternehmen der APA eingegliedert ist und bei ihrer Geschäfts- und Betriebsführung nach den Weisungen von APA vorzugehen hat. APA-OTS ist ferner verpflichtet, ihre Jahresüberschüsse an APA abzuführen, während im Gegenzug APA etwaige Jahresfehlbeträge der APA-OTS auszugleichen hat.

21. Auf APA-OTS übertrug APA die Tätigkeit ihres Originaltextservice OTS. Diese Veränderung wurde der Republik Österreich im Oktober 2000 mitgeteilt, wobei ein vertretungsbefugter Mitarbeiter von APA auf Nachfrage des Bundeskanzleramts versicherte, APA hafte nach der Ausgliederung „solidarisch" mit APA-OTS, und an der „gelebten Gesamtleistung" werde sich nichts ändern. Das Bundeskanzleramt erteilte sodann nach eigenen Angaben seine Zustimmung zur künftigen Erbringung der OTS-Dienstleistungen durch APA-OTS, und die Entgelte für diese Leistungen wurden fortan direkt an APA-OTS entrichtet.

22. Im Jahr 2001 wurden Bestimmungen über das Entgelt im Basisvertrag von 1994 durch einen ersten Nachtrag geändert. Neben der Umrechnung der Entgelte von österreichischen Schillingen in Euro bestimmte dieser Nachtrag für die Aufnahme von Aussendungen der Bundesdienststellen in das OTS für die Jahre 2002, 2003 und 2004

Höchstentgelte [9], die nicht erhöht werden konnten. Zudem wurde die Wertsicherungsklausel durch Bezugnahme auf einen neuen Index angepasst, der ein Nachfolgeindex des im Basisvertrag verwendeten ist.

23. Im Oktober 2005 führte ein zweiter Nachtrag mit Wirkung ab dem 1. Januar 2006 zu zwei weiteren Änderungen des Basisvertrags in der Fassung des ersten Nachtrags: Die Ermäßigung auf das Entgelt für Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA wurde von 15 % auf 25 % erhöht, und die Parteien vereinbarten eine Erneuerung ihres Kündigungsverzichts bis zum 31. Dezember 2008.

3. Das Verfahren vor dem Bundesvergabeamt (Feststellungsverfahren)

24. Vor dem Bundesvergabeamt sucht PN Rechtsschutz gegen die aus ihrer Sicht vergaberechtswidrigen Vorgänge im Zusammenhang mit der Einschaltung von APA-OTS als Dienstleistungserbringer für die Republik Österreich und den beiden Nachträgen zum Basisvertrag zwischen APA und der Republik Österreich.

25. Mit ihren am 4. und am 19. Juli 2006 gestellten Anträgen begehrt PN beim Bundesvergabeamt gemäß § 331 BVergG 2006 die Feststellung, dass die Teilung des Auftrags durch die Umstrukturierung von APA im Jahr 2000 sowie die von ihr als „De-facto-Vergaben“ bezeichneten Nachträge von 2001 und 2005 zum Basisvertrag rechtswidrig gewesen seien; hilfsweise begehrt sie die Feststellung, dass die Wahl der in Rede stehenden Vergabeverfahren rechtswidrig gewesen sei [10].

26. In Bezug auf die Antragsfristen führt das Bundesvergabeamt aus, dass die beanstandeten Handlungen zwar aus den Jahren 2000, 2001 und 2005 datierten, der im innerstaatlichem Recht gegen rechtswidrige Auftragsvergaben zur Verfügung stehende Rechtsbehelf, ein Feststellungsantrag mit vertragsauflösender Wirkung, jedoch erst später, mit Wirkung ab dem 1. Februar 2006, geschaffen worden sei. Die für diesen Rechtsbehelf vorgesehene Frist betrage sechs Monate ab dem Datum des rechtswidrigen Zuschlags. Das Bundesvergabeamt hält jedoch die Anwendung von § 1496 des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) für angebracht, wonach Verjährungsfristen nicht laufen können, wenn die gebotene Rechtspflege nicht funktioniert, vorausgesetzt, diese Anwendung wäre mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

9 — Diese Höchstentgelte finden Anwendung, sofern die Aussendungen *online* übermittelt werden.

10 — Gemäß Vorlagebeschluss ist der Hauptantrag von PN auf § 331 Abs. 1 Nr. 4, der Hilfsantrag auf § 331 Abs. 1 Nr. 1 BVergG 2006 gestützt.

IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

27. Mit Beschluss vom 7. November 2006, ausgefertigt am 10. November 2006 und beim Gerichtshof eingegangen am 13. November 2006, hat das Bundesvergabeamt sein Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1) Sind der Begriff der „Vergabe“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 und der Begriff „vergeben“ in Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen, dass sie auch Sachverhalte umfassen, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, künftig Leistungen von einem Dienstleistungserbringer in Form einer Kapitalgesellschaft entgegenzunehmen, wenn diese Leistungen zuvor von einem anderen Dienstleistungserbringer erbracht wurden, welcher einerseits Alleingesellschafter des künftigen Dienstleistungserbringers ist und andererseits den künftigen Dienstleistungserbringer gleichzeitig über Weisungen beherrscht? Ist es in einem solchen Fall rechtserheblich, wenn dabei für den öffentlichen Auftraggeber nicht gesichert ist, dass die Gesellschaftsanteile am künftigen Dienstleistungserbringer während der gesamten Vertragslaufzeit des ursprünglichen Vertrags nicht zur Gänze oder teilweise an Dritte veräußert werden, und auch nicht gesichert ist, dass sich die Mitgliederzusammensetzung des ursprünglichen, als Genossenschaft organisierten Dienstleistungserbringers während der gesamten Vertragslaufzeit nicht ändert?

2) Sind der Begriff der „Vergabe“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 und der Begriff „vergeben“ in Art. 8 und Art. 9 der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen, dass sie auch Sachverhalte umfassen, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber mit den Dienstleistungserbringern während der Geltungsdauer eines auf unbestimmte Zeit mit diesen zur gemeinsamen Dienstleistungserbringung abgeschlossenen Vertrags Änderungen des Entgelts für gewisse vertragliche Leistungen vereinbart und eine Wertsicherungsklausel neu formuliert, wenn diese Änderungen zu geänderten Entgelten führen und anlässlich der Euro-Umstellung erfolgen?

3) Sind der Begriff der „Vergabe“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 und der Begriff „vergeben“ in Art. 8 und 9 der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen, dass sie auch Sachverhalte umfassen, bei denen ein öffentlicher Auftraggeber mit den Dienstleistungserbringern während der Geltungsdauer eines auf unbestimmte Zeit mit diesen zur gemeinsamen Dienstleistungserbringung abgeschlossenen Vertrags im Wege einer Vertragsänderung einerseits einen zum Zeitpunkt der Neuvereinbarung nicht mehr geltenden Kündigungsverzicht erneut für drei Jahre vereinbart, wobei bei dieser Vertragsänderung andererseits zusätzlich eine höhere Rabattierung als bisher für gewisse mengenabhängige Entgelte für einen bestimmten Leistungsbereich festgelegt wird?

4) Für den Fall der Bejahung des Vorliegens einer Vergabe im Sinne einer der ersten drei Fragen: Ist Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 oder sind sonstige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts wie insbesondere der Transparenzgrundsatz dahin auszulegen, dass sie es einem öffentlichen Auftraggeber

gestatten, Leistungen in einem einzigen Leistungsvertrag in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung zu vergeben, wenn Teile der Dienstleistungen von Ausschließlichkeitsrechten, wie im Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 genannt, umfasst sind? Oder gebieten es der Transparenzgrundsatz bzw. sonstige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts bei der Vergabe überwiegend nicht prioritärer Dienstleistungen, dass in einem solchen Fall dennoch eine Vergabebekanntmachung vor einer Auftragsvergabe vorgenommen wird, um den interessierten Unternehmerkreisen die Überprüfung zu ermöglichen, ob tatsächlich Leistungen vergeben werden, die einem Ausschließlichkeitsrecht unterliegen? Oder gebieten es die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts über die Vergabe öffentlicher Aufträge, dass in einem solchen Fall die Leistungen je nach vorliegendem oder nicht vorliegendem Ausschließlichkeitsrecht nur in getrennten Vergabeverfahren vergeben werden dürfen, um zumindest teilweise einen Vergabewettbewerb zu ermöglichen?

5) Für den Fall der Beantwortung der vierten Frage dahin, dass ein öffentlicher Auftraggeber die nicht von Ausschließlichkeitsrechten umfassten Leistungen gemeinsam mit den vom Ausschließlichkeitsrecht umfassten Leistungen in einem einzigen Vergabeverfahren vergeben darf: Kann ein Unternehmer bei fehlender eigener Verfügungsbefugnis über Daten, die einem Ausschließlichkeitsrecht eines marktbeherrschenden Unternehmens unterliegen, seine diesbezügliche vergaberechtliche Leistungsfähigkeit zur Erbringung der Gesamtleistung an einen öffentlichen Auftraggeber damit begründen, dass dieser Unternehmer auf Art. 82 EG und eine aus dieser Bestimmung abzuleitende Pflicht des die Datenverfügungsbefugnis innehabenden, marktbeherrschenden Unternehmens in einem Vertragsstaat der EG hinweist, die Daten zu angemessenen Bedingungen weiterzugeben?

6) Für den Fall der Beantwortung der ersten, zweiten und dritten Frage dahin, dass durch die teilweise Vertragsübernahme im Jahr 2000 und/oder durch eine bzw. beide aufgezeigten Vertragsänderungen Neuvergaben stattgefunden haben; und weiters für den Fall, dass entweder die vierte Frage dahin beantwortet werden sollte, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe der nicht von Ausschließlichkeitsrechten umfassten Leistungen im Wege einer getrennten Vergabe oder aber bei der Vergabe des Gesamtleistungsvertrags (hier Presseaussendungen, Basisdienst und Nutzungsrechte an APADok) zuvor eine Vergabebekanntmachung zur Transparenz und Überprüfbarkeit der geplanten Auftragsvergabe hätte vornehmen müssen:

Sind die Begriffe des „Schadens“ in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 bzw. die Wortfolge „geschädigt worden“ in Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass ein Unternehmer in einem Fall wie dem vorliegenden bereits dann einen Schaden im Sinne dieser Bestimmungen der Richtlinie 89/665 erlitten hat bzw. geschädigt worden ist, wenn ihm die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren deshalb genommen wurde, weil der öffentliche Auftraggeber vor der Vergabe keine Vergabebekanntmachung vorgenommen hat, auf Basis welcher sich der Unternehmer um den zu vergebenden Auftrag bewerben oder ein Angebot legen oder die Behauptung angeblich vorliegender ausschließlicher Rechte einer Überprüfung durch die zuständige Vergabekontrollbehörde zuführen hätte können?

7) Sind der gemeinschaftsrechtliche Äquivalenzgrundsatz, das gemeinschaftsrechtliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes bzw. der Effektivitätsgrundsatz unter Berücksichtigung der sonstigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts dahin auszulegen, dass dadurch einem Unternehmer ein subjektives und unbedingtes Recht gegen einen Mitgliedstaat eingeräumt ist, dass dieser seine Rechtsbehelfe zur Erlangung von Schadensersatz nach Zuschlagserteilung wegen eines Verstoßes gegen gemeinschaftsrechtliche Vergaberechtsvorschriften für zumindest sechs Monate ab Kenntnisnahmemöglichkeit der vergaberechtswidrigen Auftragsvergabe bei der zuständigen nationalen Behörde geltend machen kann, wobei ihm zusätzlich Zeiten zur Verfügung stehen müssen, in denen eine entsprechende Geltendmachung mangels nationaler gesetzlicher Grundlagen nicht möglich war, wenn für auf nationalstaatliche Rechtswidrigkeiten gestützte Schadensersatzansprüche in der nationalen Rechtsordnung im Regelfall Verjährungsfristen von drei Jahren ab Kenntnis des Schädigers und des Schadens vorgesehen sind und mangels Rechtspflege in einem bestimmten Rechtsbereich auch Verjährungsfristen nicht (fort)laufen?

28. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben PN, APA und APA-OTS, die Republik Österreich und die Kommission der Europäischen Gemeinschaften schriftliche und mündliche Stellungnahmen abgegeben. Schriftlich haben sich außerdem das Präsidium des österreichischen Bundeskanzleramts in seiner Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber und die litauische Regierung am Verfahren beteiligt; die französische Regierung hat mündlich Stellung genommen.

V — Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens

29. Bevor ich mich inhaltlich mit den Vorlagefragen auseinandersetze, sind einige kurze Vorbemerkungen zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens veranlasst.

1. Zur Vorlageberechtigung des Bundesvergabeamts

30. Das österreichische Bundesvergabeamt ist ein durch Gesetz eingerichtetes, ständiges Organ, dessen Zuständigkeit in vergaberechtlichen Fällen mit dem Bund als Auftraggeber obligatorisch ist [11]. Es entscheidet in einem streitigen Verfahren aufgrund von Rechtsnormen des österreichischen Bundesrechts. Dabei ist es erste und letzte Instanz zugleich [12]. Seine Mitglieder sind hinsichtlich der Ausübung der ihnen zukommenden Aufgaben an keine Weisungen gebunden und werden auf mindestens fünf Jahre, teilweise auch auf unbestimmte Zeit, ernannt [13].

11 — § 291 BVergG 2006.
12 — § 291 Abs. 2 S. 2 BVergG 2006.
13 — §§ 292 und 295 BVergG 2006.

31. Damit ist das Bundesvergabeamt ein Gericht im Sinne von Art. 234 EG [14] und berechtigt, Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof zu richten. Der Gerichtshof hat dementsprechend bereits mehrfach [15] Vorabentscheidungsersuchen des Bundesvergabeamts beantwortet [16].

2. Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens im Allgemeinen

32. Die von APA und APA-OTS vorgebrachte Kritik an der komplexen und schwer nachvollziehbaren Formulierung des Vorabentscheidungsersuchens ändert nichts daran, dass die Vorlagefragen insgesamt noch verständlich sind. Aus den vom Bundesvergabeamt im Vorlagebeschluss gegebenen Erläuterungen erschließt sich hinreichend genau, in welchen tatsächlichen und rechtlichen Rahmen sich die Fragen einfügen und warum das Bundesvergabeamt sie im vorliegenden Fall für entscheidungserheblich hält.

33. Insbesondere lässt sich dem Vorlagebeschluss entnehmen, dass mit dem Vorabentscheidungsersuchen geklärt werden soll, ob im nationalen Verfahren die Durchführung einer umfangreichen Beweisaufnahme zu bestimmten Tatsachen erforderlich ist oder aber der Ausgangsrechtsstreit auch ohne diese Beweisaufnahme entscheidungsreif ist.

34. Dazu ist anzumerken, dass es Sache des nationalen Gerichts ist, darüber zu entscheiden, in welchem Verfahrensstadium es ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof richten soll [17]. Maßgeblich ist, dass das vorlegende Gericht den tatsächlichen und den rechtlichen Rahmen, der seinem Ersuchen um Auslegung des Gemeinschaftsrechts zugrunde liegt, ausreichend darlegt und dem Gerichtshof auch sonst alle Informationen gibt, die er für eine sachdienliche Beantwortung dieses Ersuchens benötigt [18]. Entgegen der Auffassung von APA und APA-OTS ist dies hier der Fall. Damit bestehen keine Einwände gegen die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens im Allgemeinen.

14 — Zur ständigen Rechtsprechung zum Gerichtsbegriff vgl. die Urteile vom 17. September 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Slg. 1997, I-4961, Randnr. 23), vom 31. Mai 2005, Syfait u. a. (C-53/03, Slg. 2005, I-4609, Randnr. 29), und vom 18. Oktober 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Slg. 2007, I-8817, Randnr. 19).

15 — Vgl. Urteile vom 14. November 2002, Felix Swoboda (C-411/00, Slg. 2002, I-10567, insbesondere Randnrn. 25 bis 28), vom 18. März 2004, Siemens und ARGE Telekom (C-314/01, Slg. 2004, I-2549), und vom 2. Juni 2005, Koppensteiner (C-15/04, Slg. 2005, I-4855). Die heutige Organisationsform des Bundesvergabeamts auf der Grundlage des BVergG 2006 entspricht laut Vorlagebeschluss im Wesentlichen derjenigen, die im Fall Koppensteiner galt.

16 — In ähnlicher Weise hat der Gerichtshof einen Vergabeüberwachungsausschuss des Bundes, wie er seinerzeit in Deutschland bestand, als vorlageberechtigtes Gericht anerkannt (Urteil Dorsch Consult, zitiert in Fn. 14, Randnr. 38).

17 — Urteile vom 10. Juli 1984, Campus Oil u. a. (72/83, Slg. 1984, 2727, Randnr. 10), vom 12. Juni 2003, Schmidberger (C-112/00, Slg. 2003, I-5659, Randnr. 39), und vom 17. April 2007, AGM-COS.MET (C-470/03, Slg. 2007, I-2749, Randnr. 45).

18 — Urteil Schmidberger (zitiert in Fn. 17, Randnrn. 40 und 41).

3. Zur Zulässigkeit der sechsten Frage im Besonderen

35. Ein besonderes Zulässigkeitsproblem stellt sich allerdings im Hinblick auf die sechste Vorlagefrage, welche die Auslegung der Begriffe des Schadens bzw. des Geschädigtwerdens in Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 zum Gegenstand hat.

36. Das Bundesvergabeamt ist im Ausgangsverfahren, einem Verfahren auf der Grundlage des § 331 BVergG 2006, lediglich für die *Feststellung eines etwaigen Verstoßes* gegen das Vergaberecht, nicht aber auch für die *Zuerkennung von Schadensersatz* zuständig, die den österreichischen Zivilgerichten vorbehalten ist [19]. Deshalb darf es dem Gerichtshof keine Vorabentscheidungsfragen vorlegen, die sich auf die Gewährung von Schadensersatz oder die Voraussetzungen dafür beziehen [20].

37. Vor diesem Hintergrund ist die sechste Vorlagefrage nur insoweit zulässig, als sie die Zulässigkeitsvoraussetzungen für einen Nachprüfungsantrag gemäß Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 betrifft. Soweit sich aber die sechste Frage auf Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 bezieht, ist sie unzulässig, weil letztere Vorschrift unmittelbar die Zuerkennung von Schadensersatz betrifft.

4. Zwischenergebnis

38. Insgesamt ist somit das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen zulässig, mit Ausnahme desjenigen Teils der sechsten Frage, der sich auf Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 bezieht.

VI — Inhaltliche Würdigung der Vorlagefragen

39. Inhaltlich zielt das äußerst umfangreiche Vorabentscheidungsersuchen im Wesentlichen darauf ab, zu klären, unter welchen Voraussetzungen die Änderung eines bestehenden Vertrags als Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen ist, mit der Folge, dass zuvor gegebenenfalls ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss und nicht berücksichtigten Unternehmen Rechtsschutz zusteht.

40. Die hochinteressante weiter gehende Frage, ob dem Abschluss unbefristeter

19 — Österreich hat von der in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 89/665 genannten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Befugnisse im Nachprüfungsverfahren mehreren Instanzen zu übertragen.

20 — Urteil vom 19. Juni 2003, GAT (C-315/01, Slg. 2003, I-6351, Randnr. 38).

Dauerschuldverhältnisse durch das Vergaberecht oder sonstige Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts irgendwelche Grenzen gesetzt sind, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Da der zeitlich unbefristete Basisvertrag von 1994 noch vor dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union geschlossen wurde [21], bedarf dieses Problem, auch als Vorfrage, keiner näheren Erörterung [22].

A — *Zur ersten, zweiten und dritten Frage*

41. Mit seinen ersten drei Fragen möchte das Bundesvergabeamt wissen, unter welchen Umständen Änderungen der bestehenden Vertragsbeziehungen zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dienstleistungserbringer als erneute Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen sind.

42. Dieses Problem ist in der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte bislang noch nicht umfassend erörtert worden [23].

1. Vorbemerkung: das Kriterium der wesentlichen Vertragsänderung

43. Vor allem bei Dauerschuldverhältnissen und bei Verträgen mit längerer Laufzeit kann während ihrer Durchführung eine Anpassung des Vertragsinhalts erforderlich werden, wenn sich Vertragsbestimmungen — beispielsweise aufgrund einer nicht vorhergesehenen Veränderung der äußeren Umstände — als nicht mehr sachgerecht erweisen. Eine Anpassung des Vertragsinhalts an die veränderten Umstände kann dazu beitragen, dass das Vertragsziel besser verwirklicht wird.

44. Hatte aber der ursprüngliche Vertrag einen öffentlichen Auftrag zum Gegenstand, so werfen spätere inhaltliche Änderungen an ihm stets auch die Frage auf, ob (gegebenenfalls erneut) ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Dabei wird sich regelmäßig ein Spannungsverhältnis auftun zwischen dem Bestreben nach einer möglichst effizienten Fortsetzung der Auftragsausführung

21 — Vgl. dazu das Urteil vom 24. September 1998, Tögel (C-76/97, Slg. 1998, I-5357, Randnrn. 53 und 54). Anders als die nun streitgegenständlichen Vorgänge aus den Jahren 2000, 2001 und 2005, die sich im zeitlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ereigneten, fanden die Vergaberechtsrichtlinien auf den Basisvertrag noch keine Anwendung, weil Österreich 1994 noch nicht Mitglied der Europäischen Union war.

22 — Zum Sonderproblem der Koppelung eines unbefristeten Vertrags mit einem Kündigungsverzicht vgl. unten, insbesondere Nr. 74 dieser Schlussanträge.

23 — Ein Vorabentscheidungsersuchen des deutschen Oberlandesgerichts Rostock führte nicht zu einer Entscheidung des Gerichtshofs (Rs. C-50/03, gestrichen am 9. November 2004).

einerseits und dem Gebot der Wahrung der Chancengleichheit für alle aktuellen und potenziellen Auftragnehmer andererseits.

45. Grundsätzlich ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass spätere inhaltliche Änderungen an bestehenden Verträgen (gegebenenfalls erneut) den Tatbestand der Vergabe eines öffentlichen Auftrags erfüllen, mit der Folge, dass ein Vergabeverfahren durchzuführen ist. Denn die Rechtsbegriffe, die den Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Richtlinien definieren, sind nach ständiger Rechtsprechung weit auszulegen [24].

46. Letztlich hat sich aber die Auslegung des Begriffs der Vergabe an den Zielen der jeweiligen Richtlinie zu orientieren. Die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge soll Hemmnisse für den freien Dienstleistungs- und Warenverkehr beseitigen und die Interessen von Wirtschaftsteilnehmern aus anderen Mitgliedstaaten schützen [25]. Es gilt auszuschließen, dass öffentliche Auftraggeber einheimische Bieter oder Bewerber bevorzugen und sich bei der Auftragsvergabe von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lassen [26].

47. Dementsprechend verfolgt auch die Richtlinie 92/50 als ihr Hauptziel die Verwirklichung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung der Märkte für einen unverfälschten und möglichst umfassenden Wettbewerb [27]. Dazu bedarf es einer transparenten und nicht diskriminierenden Vorgehensweise bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, so dass die Chancengleichheit aller möglichen Dienstleistungserbringer gewahrt wird.

48. Vor dem Hintergrund dieser Zielsetzung bedürfen nicht alle auch noch so unbedeutenden Änderungen an Verträgen über öffentliche Dienstleistungsaufträge eines vorherigen Vergabeverfahrens. Nur *wesentliche Vertragsänderungen*, die konkret geeignet sind, den Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt zu verfälschen und den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers gegenüber anderen möglichen Dienstleistungserbringern zu bevorzugen, rechtfertigen die erneute Durchführung eines Vergabeverfahrens [28].

24 — Zur weiten Auslegung verschiedener den Anwendungsbereich der Vergaberechtsrichtlinien definierender Begriffe vgl. Urteile vom 27. Februar 2003, Adolf Truley (C-373/00, Slg. 2003, I-1931, Randnr. 43), vom 8. September 2005, Espace Trianon und Sofibail (C-129/04, Slg. 2005, I-7805, Randnr. 73), und vom 29. November 2007, Kommission/Italien (C-119/06, nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Randnr. 43).

25 — Urteile vom 10. November 1998, BFI Holding (C-360/96, Slg. 1998, I-6821, Randnr. 41), vom 3. Oktober 2000, University of Cambridge (C-380/98, Slg. 2000, I-8035, Randnr. 16), vom 13. November 2007, Kommission/Irland (C-507/03, Slg. 2007, I-9777, Randnr. 27), und vom 13. Dezember 2007, Bayerischer Rundfunk u. a. (C-337/06, Slg. 2007, I-11173, Randnr. 38); vgl. auch den zweiten und sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 92/50.

26 — Urteile University of Cambridge (zitiert in Fn. 25, Randnr. 17), Felix Swoboda (zitiert in Fn. 15, Randnr. 45) und Bayerischer Rundfunk u. a. (zitiert in Fn. 25, Randnr. 36).

27 — Urteile vom 11. Januar 2005, Stadt Halle und RPL Lochau (C-26/03, Slg. 2005, I-1, Randnrn. 44 und 47), und Bayerischer Rundfunk u. a. (zitiert in Fn. 25, Randnr. 39).

28 — In diesem Sinne auch Urteile vom 5. Oktober 2000, Kommission/Frankreich (C-337/98, Slg. 2000, I-8377, Randnrn. 46, 50 und 51), und vom 29. April 2004, Kommission/CAS Succhi di Frutta (C-496/99 P, Slg. 2004, I-3801, Randnr. 117), wo auf *wesentliche* Vertragsbestimmungen bzw. Ausschreibungsbedingungen Bezug genommen wird.

49. Insbesondere ist eine wesentliche Vertragsänderung immer dann anzunehmen, wenn nicht auszuschließen ist, dass andere Dienstleistungserbringer durch die ursprünglichen, weniger günstigen Bedingungen von einer Bewerbung um den öffentlichen Auftrag abgehalten wurden oder dass sie angesichts der neuen Vertragsbedingungen nunmehr an einer Bewerbung um den öffentlichen Auftrag interessiert wären oder aber dass die Bewerbung eines seinerzeit unterlegenen Bieters angesichts der neuen Vertragsbedingungen erfolgreich sein könnte [29].

50. Diese Vorüberlegungen bilden die Grundlage für meine nun folgende Erörterung der ersten drei Vorlagefragen.

2. Zur ersten Frage

a) Erster Teil der ersten Frage: Einschaltung der APA-OTS

51. Mit dem ersten Teil seiner ersten Frage möchte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen wissen, ob es als erneute Vergabe eines bereits bestehenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen ist, wenn ein öffentlicher Auftraggeber akzeptiert, dass die Ausführung eines Teils dieses Auftrags einer Tochtergesellschaft des Auftragnehmers übertragen wird, gegenüber der dieser ein Weisungsrecht hat und deren 100%iger Anteilseigner er ist, mag auch seine 100%ige Anteilseignerschaft nicht für die gesamte Vertragslaufzeit gesichert sein.

52. Hintergrund dieser Frage ist die im Jahr 2000 von APA vorgenommene Ausgliederung der OTS-Dienstleistungen auf ihre Tochtergesellschaft APA-OTS. Gleichviel, ob es im Gefolge dieser Umstrukturierung innerhalb der APA-Gruppe zu einem „Vertragssplitting", einer Vertragsübernahme, einer Novation oder einem Schuldbeitritt kam [30], fest steht jedenfalls, dass die besagten Leistungen fortan mit Zustimmung des Bundeskanzleramts direkt von APA-OTS erbracht wurden und auch die Vergütung dafür unmittelbar an APA-OTS entrichtet wurde.

53. Damit kam es jedenfalls in der praktischen Vertragsdurchführung im Jahr 2000 zu einem teilweisen Wechsel des Dienstleistungserbringers.

29 — Zugegebenermaßen wird es in der Praxis nicht immer ganz leicht sein, zwischen wesentlichen und unwesentlichen Vertragsänderungen zu unterscheiden, weil dazu eine wertende Betrachtung der Umstände jedes Einzelfalls erforderlich ist. Die Verwendung unbestimmter und interpretationsbedürftiger Rechtsbegriffe lässt sich jedoch in keinem Rechtsgebiet wirklich vermeiden. Auch im Vergaberecht ist sie durchaus nicht unbekannt.

30 — Unter den Beteiligten des Ausgangsverfahrens scheint diesbezüglich keine Einigkeit zu bestehen. Auch der Vorlagebeschluss verwendet keine einheitliche Terminologie. Es ist jedoch Sache des Bundesvergabeamts, aufzuklären, wie der Vorgang zivilrechtlich zu qualifizieren ist.

54. Ein Wechsel des Dienstleistungserbringers während der Laufzeit eines öffentlichen Auftrags lässt *a priori* eine wesentliche Vertragsänderung vermuten, wird doch ein Unternehmen, das sich nicht dem Wettbewerb mit anderen Bietern stellen musste und dessen Auswahl auch nicht auf einem Vergleich mit etwaigen anderen Bietern beruhte, ganz oder teilweise mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags betraut. Ein solcher Vorgang birgt die Gefahr der Umgehung des Vergaberechts und ist geeignet, den Wettbewerb auf dem jeweiligen Markt zu verfälschen sowie den neuen Dienstleistungserbringer gegenüber anderen möglichen Dienstleistungserbringern zu bevorzugen.

55. Allerdings können die besonderen Umstände des Einzelfalls ergeben, dass Veränderungen auf seiten des Dienstleistungserbringers ausnahmsweise keine wesentliche Vertragsänderung nach sich ziehen. Dafür kommen insbesondere die folgenden beiden Fallgruppen in Betracht.

56. Die erste Fallgruppe betrifft die *Einschaltung von Subunternehmern* durch den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers. Um den Kreis der möglichen Dienstleistungserbringer nicht über Gebühr einzuengen, sieht die Richtlinie 92/50 für den öffentlichen Auftraggeber ausdrücklich die Möglichkeit vor, die Erteilung von Unteraufträgen an Dritte zuzulassen [31]. Kennzeichnend für diese Fallgruppe ist, dass der Hauptauftragnehmer auch nach Erteilung des Unterauftrags die volle vertragliche Verantwortung für die Ausführung des Dienstleistungsauftrags in seiner Gesamtheit trägt oder jedenfalls dafür mithaftet.

57. Die zweite Fallgruppe betrifft *organisatorische Veränderungen rein interner Art* auf seiten des Vertragspartners des öffentlichen Auftraggebers. Dazu kann auch die Einschaltung einer seiner Tochtergesellschaften in die Ausführung des Vertrags gehören. Wie eng dabei die Verbindung des Auftragnehmers zu seiner jeweiligen Tochtergesellschaft sein muss, bedarf im vorliegenden Fall keiner abschließenden Klärung. Denn jedenfalls sind solche Tochtergesellschaften erfasst, die vom Auftragnehmer in ähnlicher Weise beherrscht werden wie dessen eigene Unternehmensabteilungen. Die Einschaltung der Tochtergesellschaft in die Vertragsausführung ähnelt dann einem In-House-Geschäft [32] auf seiten des Dienstleistungserbringers, durch das sich an den Bedingungen für die Ausführung des öffentlichen Auftrags — jedenfalls bei wirtschaftlicher Betrachtung — nichts Wesentliches ändert.

58. In beiden genannten Fallgruppen ist sichergestellt, dass die Veränderung auf seiten des Dienstleistungserbringers zu keiner Wettbewerbsverfälschung und folglich zu keiner wesentlichen Vertragsänderung führt.

31 — Vgl. Art. 25 und Art. 32 Abs. 2 Buchst. c und h der Richtlinie 92/50 sowie Urteil vom 2. Dezember 1999, Holst Italia (C-176/98, Slg. 1999, I-8607, Randnrn. 26 und 27). Allerdings kann die Vergabe von Unteraufträgen für die Ausführung *wesentlicher Teile* des Auftrags nach nationalem Recht eingeschränkt werden (Urteil Siemens und ARGE Telekom, zitiert in Fn. 15, Randnr. 45).

32 — Zu den Voraussetzungen für die Annahme eines In-House-Geschäfts vgl. insbesondere die Urteile vom 18. November 1999, Teckal (C-107/98, Slg. 1999, I-8121, Randnr. 50), Stadt Halle und RPL Lochau (zitiert in Fn. 27, Randnr. 49), vom 13. Oktober 2005, Parking Brixen (C-458/03, Slg. 2005, I-8585, Randnr. 62), und vom 19. April 2007, Asemfo (C-295/05, Slg. 2007, I-2999, Randnr. 55); zum Begriff des In-House-Geschäfts vgl. meine Schlussanträge vom 1. März 2005 in der Rechtssache Parking Brixen, Nrn. 1 und 2.

59. Ein Vorgang wie die hier streitige Übertragung der OTS-Dienstleistungen auf die APA-OTS im Jahr 2000 ähnelt bei vordergründiger Betrachtung der Vergabe eines Unterauftrags durch APA (erste Fallgruppe). Dafür spricht, dass die betreffenden Dienstleistungen nunmehr von einer anderen juristischen Person als APA erbracht werden, wobei jedoch APA selbst soldiarisch für die Durchführung des gesamten öffentlichen Dienstleistungsauftrags haftet, einschließlich der von APA-OTS übernommenen Aufgaben.

60. Bei näherer Betrachtung gleicht jedoch eine Einrichtung wie die APA-OTS nicht so sehr einem eigenständigen Subunternehmer der APA als vielmehr einer eigenen Unternehmensabteilung von APA. Ein Vorgang wie die Einschaltung der APA-OTS in die Ausführung des öffentlichen Auftrags im Jahr 2000 stellt eine rein interne Umorganisation auf seiten des Dienstleistungserbringers APA dar (zweite Fallgruppe).

61. Zwar wird ein Teil der von APA geschuldeten Dienstleistungen nunmehr von einer anderen juristischen Person, der APA-OTS, erbracht. Wirtschaftlich besehen ist die APA-OTS jedoch kein Dritter, denn sie wird vollständig von ihrer Muttergesellschaft APA kontrolliert. Nicht nur die 100%ige Anteilseignerschaft der APA, sondern auch die ihr zustehenden Weisungsrechte sowie ein Gewinn- und Verlustausschließungsvertrag stellen sicher, dass APA-OTS von ihrer Muttergesellschaft wie eine eigene Unternehmensabteilung beherrscht wird. Damit hat sich an den Bedingungen für die Ausführung des öffentlichen Auftrags bei wirtschaftlicher Betrachtung nichts Wesentliches geändert.

62. Ein Vorgang wie der aus dem Jahr 2000 führte folglich zu keiner wesentlichen Vertragsänderung und musste somit nicht als (erneute) Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags behandelt werden.

63. Dass die 100%ige Anteilseignerschaft der APA an der APA-OTS nicht für die gesamte Laufzeit des öffentlichen Auftrags gesichert ist, steht dem nicht entgegen [33]. Zwar könnte APA theoretisch jederzeit Anteile der APA-OTS an Dritte veräußern. Maßgeblich für die hier zu erörternde Frage, ob es im Jahr 2000 zu einer wesentlichen Vertragsänderung und damit zur erneuten Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags kam, sind jedoch allein die damals konkret vorhersehbaren Ereignisse.

64. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verlangt, die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens stets *ex ante*, also zum Zeitpunkt des Abschlusses des Rechtsgeschäfts zu beurteilen [34]. Denn sowohl aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers und seines Geschäftspartners als auch aus der Sicht nicht berücksichtigter Wettbewerber muss bereits zum Zeitpunkt der Vornahme einer Handlung feststellbar sein, ob ein Vergabeverfahren durchzuführen war oder nicht. Die Berücksichtigung späterer Umstände kommt allenfalls dann in Betracht,

33 — Gleiches gilt für die Auflösbarkeit des Gewinn- und Verlustausschließungsvertrags.

34 — Vgl. dazu meine Schlussanträge vom 1. März 2005 in der Rechtssache Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Nr. 56). Die Frage der *konkreten Vorhersehbarkeit* einer Veräußerung von Anteilen an Dritte spielt auch in den Urteilen vom 10. November 2005, Kommission/Österreich (C-29/04, Slg. 2005, I-9705, Randnrn. 38 bis 41), vom 6. April 2006, ANAV (C-410/04, Slg. 2006, I-3303, Randnrn. 30 bis 32), und Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Randnr. 67 Buchst. c) eine entscheidende Rolle.

wenn ihr Eintreten bereits zum Zeitpunkt der Handlung sicher vorhersehbar war.

65. Aus den Akten ergibt sich, dass zum Zeitpunkt der Einbindung der APA-OTS in die Ausführung des öffentlichen Auftrags keine konkreten Anhaltspunkte für eine etwa bevorstehende Veräußerung von Anteilen durch die APA bestanden. Unter diesen Umständen bleibe ich bei meiner Einschätzung, dass ein Vorgang wie der aus dem Jahr 2000 zu keiner wesentlichen Vertragsänderung führte und somit keines Vergabeverfahrens bedurfte.

b) Zweiter Teil der ersten Frage: Mitgliederzusammensetzung der APA

66. Das Bundesvergabeamt möchte außerdem wissen, ob es im Zusammenhang mit einem Vorgang wie dem aus dem Jahr 2000 eine Rolle spielt, dass der Kreis der Genossenschaftsmitglieder der APA sich während der Vertragslaufzeit ändern könnte.

67. Von vergaberechtlicher Bedeutung kann eine derartige Veränderung nur sein, wenn sie einen zumindest teilweisen Wechsel des Dienstleistungserbringers zur Folge hat und somit als wesentliche Vertragsänderung anzusehen ist.

68. Handelt es sich beispielsweise beim Dienstleistungserbringer um eine bloße Arbeitsgemeinschaft ohne eigene Rechtspersönlichkeit, so wird im Normalfall jedes Mitglied der Arbeitsgemeinschaft durch den Vertrag mit dem öffentlichen Auftraggeber berechtigt und verpflichtet. Dann kann eine Veränderung in der Zusammensetzung der Arbeitsgemeinschaft dazu führen, dass ein Unternehmen, das sich nicht dem Wettbewerb mit anderen Bietern stellen musste und dessen Auswahl auch nicht auf einem Vergleich mit etwaigen anderen Bietern beruht, ganz oder teilweise mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags betraut wird. Darin läge — vorbehaltlich der oben geschilderten Ausnahmen [35] — eine wesentliche Vertragsänderung [36].

69. Handelt es sich beim Dienstleistungserbringer hingegen um eine juristische Person, so wird allein diese zum Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers, und etwaige spätere Veränderungen im Kreis ihrer Anteilseigner führen zu keiner wesentlichen Vertragsänderung [37].

35 — Vgl. oben, Nrn. 55 bis 58 dieser Schlussanträge.

36 — Das Urteil vom 23. Januar 2003, Makedoniko Metro und Michaniki (C-57/01, Slg. 2003, I-1091, Randnr. 61), stellt lediglich klar, dass die Regelung der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Den Mitgliedstaaten obliegt es also, zu regeln, ob Veränderungen in der Zusammensetzung von Bietergemeinschaften überhaupt zulässig sind. Davon zu unterscheiden ist jedoch die hier interessierende Frage, ob solche Veränderungen *nach* erfolgter Auftragsvergabe als wesentliche Vertragsänderungen anzusehen sind und dementsprechend erneut den Tatbestand der Vergabe eines öffentlichen Auftrags erfüllen. Letzteres ist eine gemeinschaftsrechtliche Frage.

37 — Wollte man jede Veränderung in den Eigentumsverhältnissen einer juristischen Person zum Anlass nehmen, ein neues Vergabeverfahren durchzuführen, so würde die Vergabe öffentlicher Aufträge an börsennotierte Aktiengesellschaften, deren Aktionäre bisweilen täglich wechseln, praktisch unmöglich.

70. Im vorliegenden Fall ergibt sich aus den Akten, dass APA eine „registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung“ ist. Damit kann unterstellt werden, dass APA Rechtspersönlichkeit hat. Vorbehaltlich der Feststellungen des Bundesvergabeamts hierzu sind also nicht die APA-Genossenschaftsmitglieder, sondern nur APA selbst hier als Vertragspartner der Republik Österreich anzusehen. In einem solchen Fall führen etwaige Veränderungen im Kreis der Genossenschaftsmitglieder zu keiner wesentlichen Vertragsänderung.

3. Zur dritten Frage

71. Mit seiner dritten Frage möchte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen wissen, ob es als erneute Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen ist, wenn der öffentliche Auftraggeber und der Dienstleistungserbringer einen zwischen ihnen bestehenden Dienstleistungsvertrag während seiner Laufzeit dahin gehend ändern, dass

— ein früher vereinbarter, bereits abgelaufener Kündigungsverzicht für drei Jahre erneuert wird und

— bestimmte Entgelte von den bisher vereinbarten abweichen, weil auf sie fortan ein um zehn Prozentpunkte erhöhter Preisnachlass gewährt wird.

72. Hintergrund dieser Frage ist der 2005 zwischen APA und der Republik Österreich vereinbarte zweite Nachtrag zum Basisvertrag.

a) Erster Teil der dritten Frage: Erneuerung des Kündigungsverzichts

73. Der erste Teil der dritten Frage betrifft die 2005 vereinbarte Erneuerung eines bereits ausgelaufenen Kündigungsverzichts der Vertragspartner.

74. Vergaberechtlich problematisch wäre es, zu einem zeitlich unbefristeten Dauerschuldverhältnis auch noch einen Kündigungsverzicht für längere Zeit zu vereinbaren oder gar die Kündigung durch den öffentlichen Auftraggeber gänzlich auszuschließen. Eine solche Vereinbarung würde nämlich auf Dauer jeglichen Wettbewerb zwischen den möglichen Dienstleistungserbringern ausschließen und damit den Zielen der Vergaberechtsrichtlinien fundamental widersprechen.

75. Anders verhält es sich jedoch mit einem Kündigungsverzicht wie dem hier 2005 vereinbarten, der auf eine Laufzeit von drei Jahren befristet ist. Ein solcher Kündigungsverzicht kann nicht von vornherein als vergaberechtlich unzulässig angesehen werden. Zu prüfen ist allerdings, ob er einem Vergabeverfahren hätte unterzogen werden müssen. Dies hängt davon ab, ob der Kündigungsverzicht als wesentliche Vertragsänderung zum bestehenden Basisvertrag anzusehen ist [38].

76. Um als wesentliche Vertragsänderung qualifiziert zu werden, muss ein auf wenige Jahre befristeter Kündigungsverzicht geeignet sein, den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt zu verfälschen und den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers gegenüber anderen möglichen Dienstleistungserbringern zu bevorzugen [39].

77. Dies kann nur ausnahmsweise der Fall sein, und zwar dann, wenn bei der Vereinbarung des Kündigungsverzichts konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich der öffentliche Auftraggeber ansonsten während der vorgesehenen Laufzeit des Kündigungsverzichts von dem bestehenden Vertrag gelöst hätte. Nur dann hätten sich nämlich andere mögliche Dienstleistungserbringer überhaupt ernsthaft Hoffnungen machen können, den derzeitigen Dienstleistungserbringer während dieser Zeit ganz oder teilweise abzulösen.

78. Hierzu ist erstens anzumerken, dass den öffentlichen Auftraggeber keine Rechtspflicht traf, ein bestehendes, ohne Verstoß gegen geltendes Recht zustande gekommenes Vertragsverhältnis vorzeitig zu beenden; der Beitritt Österreichs zur Europäischen Union löste keine Verpflichtung für den öffentlichen Auftraggeber aus, den bereits bestehenden Basisvertrag zu kündigen oder neu auszuschreiben [40]. Somit mag zwar eine Kündigung des Dienstleistungsvertrags mit APA für die Republik Österreich seit dem Auslaufen des ursprünglich (1994) vereinbarten Kündigungsverzichts rechtlich möglich gewesen sein, sie war aber keineswegs zwingend.

79. Zweitens bestand für die Republik Österreich — vorbehaltlich etwaiger noch zu treffender Feststellungen des Bundesvergabeamts — im Jahr 2005 auch kein wirtschaftlicher Anreiz, während der in Aussicht genommenen, vergleichsweise überschaubaren Laufzeit des Kündigungsverzichts, d. h. bis Ende 2008, zu einem anderen Dienstleistungsanbieter zu wechseln. Soweit ersichtlich, durfte der öffentliche Auftraggeber vernünftigerweise annehmen, dass in der Zeit bis 2008 keine gleichwertigen Angebote zu günstigeren Konditionen verfübar sein würden, die den Aufwand eines Wechsels gerechtfertigt hätten.

80. Nach den hier vorliegenden Informationen brachte somit der im Jahr 2005 vereinbarte erneute Kündigungsverzicht für eine

38 — Vgl. oben, Nr. 48 dieser Schlussanträge.

39 — Vgl. oben, Nrn. 48 und 49 dieser Schlussanträge.

40 — In diesem Sinne Urteil Tögel (zitiert in Fn. 21, Randnrn. 53 und 54).

Laufzeit von drei Jahren keine Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung mit sich und ist somit nicht als wesentliche Vertragsänderung zum Basisvertrag zu qualifizieren.

83. Zunächst ist zu prüfen, ob die Erhöhung des ursprünglich gewährten Preisnachlasses um zehn Prozentpunkte überhaupt eine *inhaltliche Änderung* der auf den öffentlichen Dienstleistungsauftrag anwendbaren Entgeltbestimmungen darstellte.

b) Zweiter Teil der dritten Frage: Vereinbarung höherer Preisnachlässe

84. APA und APA-OTS bringen vor, der nunmehr gewährte Preisnachlass von 25 % sei lediglich die logische Fortentwicklung dessen, was im Basisvertrag ohnehin schon angelegt gewesen sei. Bereits der Basisvertrag habe nämlich auf einen Staffeltarif der APA Bezug genommen. Der neue, höhere Preisnachlass sei als gleichwertig mit der Einführung einer neuen, niedrigeren Staffel in der Preisliste der APA anzusehen.

81. Der zweite Teil der dritten Frage betrifft die 2005 vereinbarten höheren Preisnachlässe für Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA. Während der Basisvertrag den österreichischen Bundesdienststellen hierfür noch einen Preisnachlass von 15 % einräumte, gilt seit dem zweiten Nachtrag zu diesem Vertrag ein Preisnachlass von 25 %.

82. Wie bereits erwähnt [41], kann von der erneuten Vergabe eines bestehenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags nur dann gesprochen werden, wenn eine wesentliche Vertragsänderung vorgenommen wird. Dies gilt auch für Änderungen am vertraglich vereinbarten Entgelt. Selbst wenn nämlich die Modalitäten der Bezahlung als solche einen wesentlichen Vertragsinhalt darstellen [42], ist nicht jede noch so geringfügige Veränderung der einmal vereinbarten Entgeltbestimmungen sogleich als wesentliche Vertragsänderung anzusehen.

85. Dazu ist anzumerken, dass die konkrete Würdigung der im Ausgangsrechtsstreit erheblichen Tatsachen dem Bundesvergabeamt obliegt. Im Vorlagebeschluss, der für das vorliegende Vorabentscheidungsverfahren den allein maßgeblichen tatsächlichen Rahmen absteckt [43], wird die Änderung der Prozentzahlen von 15 % auf 25 % als „höhere Rabattierung als bisher“ dargestellt. Dies deutet auf eine inhaltliche Änderung der Entgeltbestimmungen hin.

41 — Vgl. oben, Nrn. 48 und 49 dieser Schlussanträge.

42 — In diesem Sinne Urteil Kommission/CAS Succhi di Frutta (zitiert in Fn. 28, Randnr. 117).

43 — Urteile vom 29. April 2004, Orfanopoulos und Oliveri (C-482/01 und C-493/01, Slg. 2004, I-5257, Randnr. 42), und vom 12. Januar 2006, Turn- und Sportunion Waldburg (C-246/04, Slg. 2006, I-589, Randnr. 21).

86. Für diese Einschätzung spricht auch, dass schon der ursprünglich gewährte Preisnachlass von 15 % sich auf den „niedrigsten Staffeltarif“ bezog. Dem öffentlichen Auftraggeber wurde also schon bei Abschluss des Basisvertrags im Jahr 1994 die günstigste denkbare Tarifstufe gewährt. Unter diesen Umständen liegt es fern, dass die Vertragspartner zum damaligen Zeitpunkt ein Aufsteigen in eine noch günstigere Preisklasse planten oder auch nur für möglich hielten. Wird nun im Jahr 2005 ein um zehn Prozentpunkte verbesserter Preisnachlass gewährt, der sich zudem wiederum auf den niedrigsten Staffeltarif bezieht, so deutet dies auf eine echte Preisänderung hin und nicht nur auf eine logische Fortentwicklung der Entgeltberechnung, wie sie ohnehin schon im Basisvertrag angelegt war.

87. Als *wesentliche Vertragsänderung* ist eine solche Preisänderung allerdings nur dann anzusehen, wenn sie konkret geeignet ist, den Wettbewerb auf dem betroffenen Markt zu verfälschen und den Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers gegenüber anderen möglichen Dienstleistungserbringern zu bevorzugen.

88. Um dies zu beurteilen, ist zum einen das Ausmaß der Preisänderung für die jeweilige Leistung zu beurteilen, zum anderen ist diese Preisänderung aber auch ins Verhältnis zur Bedeutung des betreffenden öffentlichen Auftrags in seiner Gesamtheit zu setzen.

89. Was zunächst die Preisänderung als solche betrifft, so ist die Gefahr einer Verfälschung des Wettbewerbs im Fall von Preissenkungen geringer als im Fall von Preiserhöhungen. Denn die Absenkung des Entgelts wirkt sich zugunsten des öffentlichen Auftraggebers aus und verbessert für ihn überdies im Normalfall die Wirtschaftlichkeit der Auftragsdurchführung.

90. Dennoch ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch die Vereinbarung über ein niedrigeres Entgelt sich einmal wettbewerbsverfälschend auswirken kann. Darauf hat zu Recht die litauische Regierung hingewiesen.

91. Maßgeblich ist stets, welche Konditionen der öffentliche Auftraggeber *zum Zeitpunkt der Vertragsänderung* auf dem Markt hätte erhalten können. Sind etwa die Preise für die vertragsgegenständliche Dienstleistung seit der ursprünglichen Vergabe des öffentlichen Auftrags allgemein auf dem Markt gesunken, so bietet die bloße Vereinbarung eines niedrigeren Entgelts als bisher keine Gewähr für die Beachtung des Wettbewerbsprinzips und des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes. Vielmehr ist zu prüfen, ob andere mögliche Dienstleistungserbringer dem öffentlichen Auftraggeber die gewünschte Leistung zum Zeitpunkt der Vertragsänderung zu einem noch günstigeren Preis hätten anbieten können als sein derzeitiger Vertragspartner.

92. Nach den hier vorliegenden Informationen bestehen jedoch keine konkreten Anhaltspunkte dafür, dass der öffentliche Auftraggeber im vorliegenden Fall bei Durchführung eines Vergabeverfahrens

einen noch günstigeren Preis für eine gleichwertige Dienstleistung hätte erzielen können, als es ihm in Gestalt des zweiten Nachtrags zum Basisvertrag mit APA als derzeitigem Dienstleistungserbringer gelungen ist.

93. Was schließlich die Bedeutung der erfolgten Preisänderung im Verhältnis zu dem öffentlichen Auftrag in seiner Gesamtheit anbelangt, so ist zu bedenken, dass der erhöhte Rabatt nur für eine Teilleistung — die Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA — vereinbart wurde und nicht etwa für die Gesamtheit aller zu erbringenden Dienstleistungen von APA. Mag auch ein um zehn Prozentpunkte erhöhter Preisnachlass für die betreffende Teilleistung nicht ohne Bedeutung sein, im Verhältnis zum Gesamtvertrag fällt er deutlich weniger ins Gewicht.

94. Letztlich hat aber das Bundesvergabeamt die notwendigen Feststellungen zur Bedeutung der Preisänderung zu treffen, sowohl in Bezug auf die betreffende Teilleistung als auch im Verhältnis zum öffentlichen Auftrag in seiner Gesamtheit.

95. Auf der Grundlage der dem Gerichtshof vorliegenden Informationen bin ich jedenfalls nicht der Auffassung, dass eine Preisänderung, wie sie aus der im zweiten Nachtrag im Jahr 2005 gewährten Rabatterhöhung folgt, als wesentliche Vertragsänderung anzusehen wäre.

4. Zur zweiten Frage

96. Mit seiner zweiten Frage möchte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen wissen, ob es als erneute Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags im Sinne der Richtlinie 92/50 anzusehen ist, wenn der öffentliche Auftraggeber und der Dienstleistungserbringer einen zwischen ihnen bestehenden Dienstleistungsvertrag während seiner Laufzeit dahin gehend ändern, dass

— die vertraglich vereinbarten Entgelte anlässlich der Währungsumstellung nicht mehr in der Landeswährung, sondern in Euro ausgedrückt werden,

— die im Vertrag enthaltene Wertsicherungsklausel durch Bezugnahme auf einen Nachfolgeindex des bislang verwendeten Indexes neu formuliert wird und

— bestimmte Entgelte nunmehr von den bisher vereinbarten abweichen.

97. Hintergrund dieser Frage ist der im Jahr 2001 vereinbarte erste Nachtrag zum Basisvertrag, in dem es zu derartigen Änderungen der Entgeltbestimmungen kam.

98. Rein technische Vertragsanpassungen, die keinen entscheidenden Einfluss auf die Leistungsbeziehung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und seinem Vertragspartner haben, stellen schon gar keine inhaltliche Änderung des Vertrags dar. Erst recht kann in ihnen keine wesentliche Vertragsänderung gesehen werden, die der Durchführung eines Vergabeverfahrens bedürfte.

99. Wurde ein bestehender Vertrag anlässlich der Währungsumstellung auf den Euro dahin gehend geändert, dass die bislang vereinbarten Entgelte in der neuen Währung ausgedrückt werden, ohne sie aber materiell zu erhöhen oder herabzusetzen, so handelt es sich um keine wesentliche Vertragsänderung, sondern lediglich um die technische Anpassung eines bestehenden Vertrags an veränderte äußere Umstände [44]. Teil dieser rein technischen Anpassung ist auch die etwa erforderliche Auf- oder Abrundung der neu errechneten Euro-Beträge im Einklang mit den geltenden Rechtsvorschriften.

100. Ebenso kann in der Bezugnahme auf einen anderen Wertsicherungsindex als den ursprünglich vereinbarten eine rein technische Vertragsanpassung liegen, sofern beide Indizes gleichwertig sind. Auf eine solche Gleichwertigkeit deutet der Hinweis im Vorlagebeschluss hin, bei dem neuen Index handle es sich um den Nachfolgeindex des bisherigen. Das Bundesvergabeamt wird sich aber zusätzlich vergewissern müssen, ob auch die Funktionsweise des neuen Indexes derjenigen des bisherigen Indexes gleichwertig ist. Dazu gehört insbesondere, dass die Warenkörbe oder sonstigen Bezugsgrößen, auf die sich die jeweiligen Indizes beziehen, im Wesentlichen gleichwertig sein müssen.

101. Wird hingegen eine Währungsumrechnung oder eine Indexumstellung von den Vertragspartnern zum Anlass genommen, die ursprünglich vereinbarten Entgelte auch materiell zu verändern, so geht diese Maßnahme in ihren Ausmaßen über eine rein technische Vertragsanpassung hinaus. Dann ist es nicht mehr von vornherein ausgeschlossen, dass eine wesentliche Vertragsänderung mit Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen Dienstleistungserbringern vorliegt.

102. Im vorliegenden Fall führten die Anpassungen des Basisvertrags durch den ersten Nachtrag laut Vorlagebeschluss dazu, dass für die Aufnahme bestimmter Aussendungen der Bundesdienststellen in das OTS für die Jahre 2002, 2003 und 2004 nunmehr Höchstentgelte galten, die nicht erhöht werden konnten.

103. Das Bundesvergabeamt wird zu prüfen haben, ob dadurch eine wesentliche Änderung gegenüber den im Basisvertrag

44 — Zwar wäre eine Vertragsanpassung anlässlich der Währungsumstellung nicht zwingend notwendig gewesen, weil bereits die bestehenden rechtlichen Rahmenbedingungen sicherstellten, dass alle zuvor in der Landeswährung ausgedrückten Beträge künftig als Euro-Beträge zu verstehen sein würden, ohne dass damit eine Veränderung der bestehenden vertraglichen Pflichten einherginge (vgl. auch Art. 3 und 5 der Verordnung [EG] Nr. 1103/97 des Rates vom 17. Juni 1997 über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro, ABl. L 162, S. 1). Wie aber APA und APA-OTS zu Recht ausführen, kann eine ausdrückliche Vertragsanpassung insbesondere in einem Dauerschuldverhältnis wie dem hier vorliegenden dennoch zweckmäßig sein, um den erhöhten Verwaltungsaufwand einer ständig wiederkehrenden Währungsumrechnung zu vermeiden.

vereinbarten Entgelten vorgenommen wurde. Ausschlaggebend ist insoweit, welche Entwicklung der im Basisvertrag vereinbarten indexierten Entgelte bei objektiver Betrachtung nach den im Jahr 2001 verfügbaren Anhaltspunkten zu erwarten gewesen wäre.

104. Entsprechen die nunmehr für die Jahre 2002, 2003 und 2004 festgelegten Höchstentgelte im Wesentlichen den Preisen, die sich auch bei Anwendung der im Basisvertrag festgelegten Wertsicherungsklausel aller Voraussicht nach ergeben hätten, so liegt keine wesentliche Vertragsänderung vor [45]. Weichen sie hingegen deutlich von der nach dem Basisvertrag zu erwartenden Preisentwicklung ab, so sind die Auswirkungen dieser Änderung auf den Wettbewerb zu prüfen, wofür die oben zum zweiten Teil der dritten Frage [46] dargestellten Maßstäbe gelten.

105. Auf der Grundlage der dem Gerichtshof vorliegenden Informationen bin ich jedenfalls der Auffassung, dass Preisänderungen wie die im ersten Nachtrag vereinbarten sich im Rahmen der jährlichen Preissteigerungen bewegten, wie sie 2001 vorhersehbar waren, und schon aus diesem Grund keine wesentliche Vertragsänderung darstellen.

45 — Die im ersten Nachtrag vereinbarten maximalen Zeilenentgelte für die Jahre 2002, 2003 und 2004 unterscheiden sich nur geringfügig. Vorbehaltlich einer genaueren Nachprüfung durch das Bundesvergabeamt scheinen sich solche geringfügigen Preisunterschiede von Jahr zu Jahr im Rahmen der 2001 zu erwartenden allgemeinen Preisentwicklung der Folgejahre zu bewegen.

46 — Vgl. oben, Nrn. 81 bis 94 dieser Schlussanträge.

B — *Zur vierten und fünften Frage*

106. Die vierte und fünfte Frage, mit denen sich das Bundesvergabeamt dem anwendbaren Vergabeverfahren und dem Nachweis der Leistungsfähigkeit eines Dienstleistungserbringers widmet, setzen voraus, dass Vorgänge wie die aus den Jahren 2000, 2001 und 2005 überhaupt als Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen sind.

107. Auf der Grundlage der dem Gerichtshof vorliegenden Informationen bin ich der Auffassung, dass keiner dieser Vorgänge eine solche Vergabe darstellte [47]. Dementsprechend prüfe ich die Fragen vier und fünf lediglich hilfsweise.

1. Zur vierten Frage

108. Mit seiner vierten Frage möchte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen wissen, ob ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag als Einheit im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben werden darf, wenn

47 — Vgl. dazu meine Ausführungen zur ersten, zweiten und dritten Frage (oben, Nrn. 41 bis 105 dieser Schlussanträge).

der Auftrag überwiegend nicht prioritäre Dienstleistungen zum Gegenstand hat und ein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 nicht für alle, sondern nur für einzelne der zu erbringenden Dienstleistungen besteht.

a) Prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen

109. Die Richtlinie 92/50 unterscheidet ausweislich ihrer Art. 8 bis 10 zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen. Erstere sind im Anhang I A der Richtlinie, Letztere in deren Anhang I B definiert. Hintergrund dieser Regelung ist, dass Aufträgen über nicht prioritäre Dienstleistungen wegen ihres spezifischen Charakters *a priori* keine grenzüberschreitende Bedeutung beigemessen wird, die es rechtfertigen könnte, sie in einem Ausschreibungsverfahren zu vergeben [48].

110. Das Bundesvergabeamt geht in Anlehnung an das Vorbringen von APA und APA-OTS davon aus, dass es sich bei Nachrichtenagenturleistungen wie den hier vereinbarten um eine Mischung aus prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen handelt [49], wobei die nicht prioritären Dienstleistungen ihrem Wert nach deutlich überwiegen.

111. Unterstellt man diese Einschätzung als richtig [50], so findet auf den an APA vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag insgesamt das Regime der nicht prioritären Dienstleistungen Anwendung (Art. 10 der Richtlinie 92/50). Damit handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag, der überhaupt keinem spezifischen Vergabeverfahren im Sinne des Abschnitts III der Richtlinie 92/50 unterworfen ist [51].

b) Anwendbarkeit des Transparenzgebots

112. Auch bei Vergabevorgängen, für die die Vergaberechtsrichtlinien keine spezifischen Vergabeverfahren vorsehen, sind allerdings nach ständiger Rechtsprechung die Grundregeln des EG-Vertrags im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen

48 — Urteil Kommission/Irland (zitiert in Fn. 25, Randnr. 25).

49 — APA und APA-OTS sind der Meinung, dass ihre Dokumentationsdienstleistungen dem Tätigkeitsbereich „Dienstleistungen von Bibliotheken“ („Library services“, CPC-Referenz-Nr. 96311) und ihre OTS-Dienstleistungen dem Tätigkeitsbereich „Elektronische Nachrichtendienste“ („Electronic message and information services“, CPC-Referenz-Nr. 75232) zuzuordnen seien.

50 — Der Vorlagebeschluss definiert den tatsächlichen Rahmen, in dem die Vorlagefragen zu beantworten sind; vgl. dazu die in Fn. 43 angeführte Rechtsprechung.

51 — Gemäß Art. 9 in Verbindung mit Art. 10 der Richtlinie 92/50 sind auf solche Aufträge (nur) Art. 14 und 16 dieser Richtlinie anzuwenden, die für die hier interessierenden Fragen ohne Bedeutung sind. Die sonstigen in der Richtlinie 92/50 vorgesehenen Verfahrensvorschriften, insbesondere jene über die Ausschreibung mit vorheriger Vergabebekanntmachung, gelten für diese Aufträge nicht (Urteil Kommission/Irland, zitiert in Fn. 25, Randnrn. 23 und 24). Allerdings gilt das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 92/50 (Urteil vom 27. Oktober 2005, Contse u. a., C-234/03, Slg. 2005, I-9315, Randnr. 47).

der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten [52]. Dass dies auch für die Vergabe von Aufträgen über nicht prioritäre Dienstleistungen gilt, hat der Gerichtshof erst kürzlich klargestellt [53].

113. Besteht also an einem Auftrag über nicht prioritäre Dienstleistungen ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse, so findet auf ihn das aus den Grundfreiheiten hergeleitete *Transparenzgebot* Anwendung, und der Auftrag darf nicht ohne jede Transparenz vergeben werden [54].

114. Das Bundesvergabeamt wird zu prüfen haben, ob an der Erbringung von Nachrichtenagenturleistungen, wie sie im vorliegenden Fall Vertragsgegenstand sind, ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse [55] besteht. Dabei sind u. a. folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen:

— Zugunsten eines grenzüberschreitenden Interesses spricht der Umstand, dass zahlreiche Nachrichtenagenturen international tätig sind. Auch der Markteintritt von PN im Jahr 1999 zeigt, dass der österreichische Markt für neue Anbieter nicht völlig uninteressant ist.

— Derzeit bestehende Kooperationsvereinbarungen zwischen diversen auf ihren jeweiligen Heimatmärkten tätigen Nachrichtenagenturen, wie sie im mündlichen Verfahren erwähnt wurden, schließen nicht von vornherein aus, dass einzelne dieser Agenturen ihr Engagement auf einem Markt wie dem österreichischen in Zukunft durch eine eigene Präsenz vor Ort verstärken möchten.

— Gegen ein grenzüberschreitendes Interesse könnte der Umstand sprechen, dass ein Großteil der von den österreichischen Bundesbehörden benötigten Dienste spezifische Bezüge zu Österreich aufweist, auch zum regionalen Geschehen in den dortigen Ländern.

52 — Urteil Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Randnr. 46); vgl. auch Urteile vom 7. Dezember 2000, Telaustria und Telefonadress (C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Randnr. 60), vom 21. Juli 2005, Coname (C-231/03, Slg. 2005, I-7287, Randnr. 16), vom 20. Oktober 2005, Kommission/Frankreich (C-264/03, Slg. 2005, I-8831, Randnr. 33), ANAV (zitiert in Fn. 34, Randnr. 18) und vom 14. Juni 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, Slg. 2007, I-4557, Randnr. 33); vgl. auch Beschluss vom 3. Dezember 2001, Vestergaard (C-59/00, Slg. 2001, I-9505, Randnr. 20).

53 — Urteil Kommission/Irland (zitiert in Fn. 25, Randnr. 29).

54 — Urteil Kommission/Irland (zitiert in Fn. 25, Randnr. 30); vgl. zum Transparenzgebot außerdem die Urteile Telaustria und Telefonadress (zitiert in Fn. 52, Randnr. 62), Coname (zitiert in Fn. 52, Randnrn. 16 und 17), Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Randnrn. 46 bis 49) und ANAV (zitiert in Fn. 34, Randnrn. 18 bis 21).

55 — Urteil Kommission/Irland (zitiert in Fn. 25, Randnrn. 29 und 30); im selben Sinne Urteil vom 31. Januar 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Slg. 2008, I-349, Randnr. 67).

c) Inhalt des Transparenzgebots

115. Inhaltlich folgt aus dem Transparenzgebot, dass *ein angemessener Grad*

von Öffentlichkeit sicherzustellen ist [56]. Bislang ist weitgehend ungeklärt, welche Anforderungen genau sich daraus für Vergabevorgänge ergeben, für die die Vergaberechtsrichtlinien keine spezifischen Vergabeverfahren vorsehen. Fest steht lediglich, dass aus dem Transparenzgebot nicht notwendigerweise eine Pflicht zur Ausschreibung folgt [57].

116. Letztlich obliegt es dem öffentlichen Auftraggeber, in jedem Einzelfall zu beurteilen, was der angemessene Grad an Öffentlichkeit ist, um den jeweiligen Vergabevorgang dem Wettbewerb zu öffnen und eine Nachprüfung zu ermöglichen, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist [58].

117. Ganz allgemein sollte das Transparenzgebot nicht dahin gehend ausgelegt werden, dass stets ein Vergabeverfahren zur Anwendung gelangen müsste, welches dem der Vergaberechtsrichtlinien in allen Einzelheiten entspricht [59]. Denn sonst würde die Unterscheidung zwischen Vergabevorgängen, die sich im Anwendungsbereich jener Richtlinien bewegen, und solchen, die nicht von ihm erfasst werden, nutzlos; auch die vom Gemeinschaftsgesetzgeber festgelegten finanziellen Schwellenwerte wären weitgehend ihres Sinnes entleert.

118. Erst recht folgen aber aus dem Transparenzgebot keine weiter gehenden Anforderungen für Vergabevorgänge, für die die Vergaberechtsrichtlinien von spezifischen Vergabeverfahren absehen, als für Vergabevorgänge, für die solche Verfahren in den Richtlinien enthalten sind [60]. Denn die Vergaberechtsrichtlinien sind nichts anderes als eine Konkretisierung des Transparenzgebots für bestimmte, besonders bedeutsame Vergabevorgänge [61].

119. In Bezug auf öffentliche Aufträge, die ganz oder überwiegend nicht prioritäre Dienstleistungen zum Gegenstand haben, kann das Transparenzgebot also kein höheres Maß an Öffentlichkeit erfordern als für Aufträge, die ganz oder überwiegend prioritäre Dienstleistungen zum Gegenstand haben.

56 — Urteile Telaustria und Telefonadress (zitiert in Fn. 52, Randnr. 62), Coname (zitiert in Fn. 52, Randnrn. 16 und 17), Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Randnr. 49) und ANAV (zitiert in Fn. 34, Randnr. 21).

57 — Urteile Coname (zitiert in Fn. 52, Randnr. 21); missverständlich insoweit das Urteil Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Randnr. 50), das in seiner verbindlichen deutschen Sprachfassung von „Ausschreibung" spricht, was aber wohl auf einer missglückten Übersetzung des französischen Ausdrucks „mise en concurrence" beruhen dürfte.

58 — Urteile Telaustria und Telefonadress (zitiert in Fn. 52, Randnr. 62), Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Randnrn. 49 und 50) und ANAV (zitiert in Fn. 34, Randnr. 21). Nützliche Hinweise liefert in diesem Zusammenhang auch die Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen (ABl. 2006, C 179, S. 2).

59 — Vgl. dazu bereits meine Schlussanträge in der Rechtssache Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Nr. 37).

60 — In diesem Sinne die Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 2. Juni 2005 in der Rechtssache Kommission/Italien (C-525/03, Slg. 2005, I-9405, Nr. 47), der Generalanwältin Stix-Hackl vom 14. September 2006 in der Rechtssache Kommission/Irland (C-532/03, Slg. 2007, I-11353, Nr. 111) und der Generalanwältin Sharpston vom 18. Januar 2007 in der Rechtssache Kommission/Finnland (C-195/04, Slg. 2007, I-3351, Nrn. 76 und 77); vgl. auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Nr. 46).

61 — In diesem Sinne Urteil Kommission/Irland (zitiert in Fn. 25, Randnrn. 27 bis 29); vgl. auch meine Schlussanträge in der Rechtssache Parking Brixen (zitiert in Fn. 32, Nr. 47).

120. Für Verträge über Dienstleistungen, die aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten [62] nur von einem bestimmten Dienstleistungserbringer ausgeführt werden können, bedeutet dies, dass sie stets im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben werden dürfen, gleichviel, ob es sich um prioritäre oder nicht prioritäre Dienstleistungen handelt. Erlaubt nämlich Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 ein solches Verfahren schon für prioritäre Dienstleistungen, so muss es erst recht zulässig sein, nicht prioritäre Dienstleistungen in diesem Verfahren zu vergeben. Insoweit können die in Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 92/50 zum Ausdruck kommenden Wertungen auch auf den Bereich der nicht prioritären Dienstleistungen übertragen werden. Wo Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 92/50 keine vorherige Vergabebekanntmachung verlangt, kann auch aus dem Transparenzgebot nichts anderes folgen [63].

121. Angemessene Transparenz, die sicherstellt, dass der Vergabevorgang dem Wettbewerb geöffnet wird, und die eine Nachprüfung ermöglicht, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden ist, kann bei Dienstleistungen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 92/50 auch durch eine nachträgliche Bekanntmachung erfolgen.

62 — Die Prüfung, ob ein solches Ausschließlichkeitsrecht im vorliegenden Fall besteht, obliegt dem Bundesvergabeamt.

63 — In diesem Sinne auch die Mitteilung der Kommission (zitiert in Fn. 58, Abschnitt 2.1.4)

d) Vergabe eines gemischten Dienstleistungsauftrags als Einheit

122. Zu prüfen bleibt, ob ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag *als Einheit* im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben werden darf, wenn ein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 nicht für alle, sondern nur für einzelne der zu erbringenden Dienstleistungen besteht.

123. Grundsätzlich gilt, dass Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie 92/50 als Ausnahme von den Vorschriften, die die Wirksamkeit der durch den EG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Dienstleistungsaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen ist [64]. In Bezug auf Vergabevorgänge, die eine Gesamtheit von Dienstleistungen zum Gegenstand haben, spricht dies dafür, den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Vergabebekanntmachung nur für die konkret von Art. 11 Abs. 3 erfassten Dienstleistungen zuzulassen.

124. Allerdings kommt eine solche gesonderte Vergabe von Dienstleistungen im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 nur dann in Betracht, wenn der

64 — Urteil vom 18. November 2004, Kommission/Deutschland (C-126/03, Slg. 2004, I-11197, Randnr. 23), und vom 10. April 2003, Kommission/Deutschland (C-20/01 und C-28/01, Slg. 2003, I-3609, Randnr. 58). Vgl. auch Art. 11 Abs. 4 der Richtlinie 92/50, wonach „in allen anderen Fällen" ein offenes oder nicht offenes Verfahren zur Anwendung kommen muss.

öffentliche Auftrag überhaupt teilbar ist. Dabei kann es nicht nur auf die theoretische Teilbarkeit des Auftrags ankommen, sondern es muss auch auf den Verwendungszweck und den praktischen Nutzen der Leistungen Bedacht genommen werden, je nachdem, ob sie getrennt oder aus einer Hand bezogen werden.

125. Im vorliegenden Fall haben APA und APA-OTS, die Republik Österreich und das Bundeskanzleramt überzeugend dargelegt, wie eng die verschiedenen im Basisvertrag vereinbarten Nachrichtenagenturleistungen miteinander verknüpft sind. So sei es nicht sachgerecht, redaktionelle Beiträge von einem Dienstleister zu beziehen und die Reaktionen darauf über einen anderen Dienstleister zu versenden, weil nicht sichergestellt sei, dass beide Dienstleister dieselben Endabnehmer bedienen. Auf einen in der Zeitung A erschienenen Bericht könne man nicht mit einem Statement in der Zeitung B antworten. Darüber hinaus sei es auch von entscheidender Bedeutung für die Benutzerfreundlichkeit der Dienste, auf miteinander vernetzte Datenbanken über eine einheitliche Benutzeroberfläche zugreifen zu können.

126. Für eine Trennbarkeit der Vertragsbestandteile spricht nicht etwa, dass die OTS-Dienstleistungen inzwischen von APA-OTS und nicht mehr von APA erbracht werden. Denn wie bereits erwähnt, handelt es sich dabei um eine rein interne Umorganisation auf seiten des Dienstleistungserbringers; wirtschaftlich betrachtet fand kein Wechsel des Dienstleistungserbringers statt, vielmehr wird APA-OTS von APA wie eine eigene Unternehmensabteilung kontrolliert [65]. Auch sind die verschiedenen Leistungen weiterhin vernetzt und einheitlich abrufbar.

127. All dies spricht — vorbehaltlich der konkreten Sachverhaltswürdigung durch das Bundesvergabeamt — gegen die Teilbarkeit des Dienstleistungsvertrags zwischen der Republik Österreich und APA und damit gegen eine Pflicht zur getrennten Vergabe der verschiedenen Vertragsbestandteile.

128. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass der Dienstleistungsvertrag hier sowohl prioritäre als auch nicht prioritäre Dienstleistungen zum Gegenstand hat. Wie ein Blick auf Art. 10 der Richtlinie 92/50 zeigt, ist es keineswegs notwendig, prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen jeweils getrennt zu vergeben [66].

129. Etwas anderes würde nur gelten, wenn der öffentliche Auftraggeber die einzelnen Dienstleistungen willkürlich oder nur zum Zweck der Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften zu einem einheitlichen Dienstleistungsauftrag zusammengefasst hätte [67]. Dafür liegen aber hier keine Anhaltspunkte vor. Im Gegenteil sprachen nach den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen sachliche Gründe für eine Vergabe aller fraglichen Dienstleistungen als Einheit [68].

65 — Vgl. dazu oben, Nrn. 20, 61 und 62 dieser Schlussanträge.

66 — Vgl. auch Urteil Felix Swoboda (zitiert in Fn. 15, Randnrn. 56 und 60).

67 — Urteil Felix Swoboda (zitiert in Fn. 15, Randnrn. 57 und 60).

68 — Vgl. so eben, Nr. 125 dieser Schlussanträge.

e) Zwischenergebnis

130. Zusammenfassend gilt somit zur vierten Frage:

Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag darf als Einheit im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben werden, wenn der Auftrag überwiegend nicht prioritäre Dienstleistungen zum Gegenstand hat und ein Ausschließlichkeitsrecht im Sinne von Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 nicht für alle, sondern nur für einzelne der zu erbringenden Dienstleistungen besteht, es sei denn, die einzelnen Dienstleistungen wurden willkürlich oder nur zum Zweck der Umgehung vergaberechtlicher Vorschriften zu einem einheitlichen Dienstleistungsauftrag zusammengefasst.

2. Zur fünften Frage

131. Mit seiner fünften Frage möchte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen wissen, ob ein Unternehmer seine Leistungsfähigkeit zur Ausführung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags mit der bloßen Behauptung belegen darf, ein anderes Unternehmen sei nach Art. 82 EG verpflichtet, ihm zu angemessenen Bedingungen bestimmte Daten zur Verfügung zu stellen.

132. Hintergrund dieser Frage ist der Umstand, dass die Erbringung von Nachrichtenagenturleistungen, wie sie von den österreichischen Bundesbehörden hier nachgefragt werden, den Zugang zu einem umfangreichen Archiv voraussetzt, in dem u. a. historische Informationen und Texte abrufbar sind. Nach den Angaben im Vorlagebeschluss verfügt PN nicht einmal annähernd über ein historisches Datenarchiv, welches dem der APA vergleichbar wäre. Auch gewährt APA ihren Wettbewerbern keinen Zugang zu ihren Archiven, jedenfalls nicht zum Zweck der Weiterveräußerung der dort abrufbaren Daten. Geklärt werden soll nun, ob PN als Beleg für seine dennoch bestehende Leistungsfähigkeit im Sinne von Art. 31 der Richtlinie 92/50 vorbringen darf, sie habe einen Rechtsanspruch auf Zugang zu den Archiven der APA, insbesondere zu deren Datenbank APADok.

133. Damit wird auf die im Wettbewerbsrecht diskutierte „Essential-Facilities-Doktrin“ angespielt. Nach der einschlägigen Rechtsprechung kann es im Rahmen von Art. 82 EG — allerdings nur unter außergewöhnlichen Umständen — als missbräuchlich angesehen werden, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen sich weigert, einem anderen Unternehmen den Zugang zu unentbehrlichen Gütern, Dienstleistungen oder Daten („essential facilities“) zu gewähren [69]. In solchen Fällen kann aus Art. 82 EG ein Kontrahierungszwang für das marktbeherrschende Unternehmen folgen.

69 — Urteile vom 6. April 1995, RTE und ITP/Kommission, „Magill“ (C-241/91 P und C-242/91 P, Slg. 1995, I-743, Randnrn. 49 bis 57), vom 26. November 1998, Bronner (C-7/97, Slg. 1998, I-7791, Randnrn. 38 bis 47), und vom 29. April 2004, IMS Health (C-418/01, Slg. 2004, I-5039).

134. Im vorliegenden Fall kann jedoch dahinstehen, ob eine Datenbank wie das von APA betriebene Archiv APADok für deren Wettbewerber unentbehrliche Daten enthält, also eine „essential facility" ist, und ob hier außergewöhnliche Umstände bestehen, die APA dazu verpflichten würden, ihren Wettbewerbern zu angemessenen Bedingungen Zugang zu ihrem Archiv zu gewähren.

135. Denn ein Dienstleistungserbringer, der im Hinblick auf seine Zulassung zu einem Vergabeverfahren auf die Mittel anderer Einrichtungen oder Unternehmen verweisen will, hat nachzuweisen, dass er *tatsächlich* über diese Mittel verfügt [70]. Andernfalls ist ein aussagekräftiger Vergleich seiner Leistungsfähigkeit mit der von anderen möglichen Dienstleistungserbringern dem öffentlichen Auftraggeber nicht möglich. Wollte der öffentliche Auftraggeber auf die lediglich *potenzielle* Verfügung des Dienstleistungserbringers über die betreffenden Mittel vertrauen, so liefe er Gefahr, seinen Auftrag an einen Unternehmer zu vergeben, dessen Leistungsfähigkeit sich im Nachhinein — d. h. im Fall von Schwierigkeiten beim Zugang zu den benötigten Mitteln — als mangelhaft herausstellte. Gleichzeitig würde er den Auftrag möglicherweise einem anderen, tatsächlich leistungsfähigen Unternehmer vorenthalten. Ein solches Vorgehen entspräche weder dem Gedanken der Chancengleichheit aller möglichen Dienstleistungserbringer noch dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Vergabeverfahren.

70 — Urteile vom 2. Dezember 1999, Holst Italia (zitiert in Fn. 31, Randnr. 29), Siemens und ARGE Telekom (zitiert in Fn. 15, Randnr. 44) und vom 18. November 2004, Kommission/Deutschland (zitiert in Fn. 64, Randnr. 22). Vgl. für künftige Fälle auch Art. 48 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18, wo diese Rechtsprechung nunmehr kodifiziert ist.

136. Eine Nachrichtenagentur wie PN darf also nicht nur behaupten, einen Anspruch auf Zugang zu den Archiven von APA zu haben, sondern muss konkret nachweisen, dass ihr dieser Zugang auch tatsächlich gewährt wird, etwa in Form einer ausdrücklichen Zusage oder eines bereits abgeschlossenen Lizenzvertrags. Andernfalls kann sie ihre Leistungsfähigkeit in einem Vergabeverfahren nicht mit Erfolg durch eine Bezugnahme auf die Archive von APA belegen.

137. Die regelmäßig kurzen Fristen, innerhalb derer im Vergabeverfahren eine Entscheidung getroffen werden muss, lassen die häufig sehr langwierige Klärung schwieriger Rechtsfragen im Zusammenhang mit Art. 82 EG und der „Essential-Facilities-Doktrin" nicht zu. Einen etwaigen Rechtsstreit darüber muss der betroffene Unternehmer ausfechten, bevor er sich um einen öffentlichen Auftrag bewirbt.

138. Festzuhalten bleibt somit zur fünften Frage, dass ein Unternehmer seine Leistungsfähigkeit zur Ausführung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags nicht mit der bloßen Behauptung belegen darf, ein anderes Unternehmen sei nach Art. 82 EG verpflichtet, ihm zu angemessenen Bedingungen bestimmte Daten zur Verfügung zu stellen.

C — *Zur sechsten und siebten Frage*

139. Mit seiner sechsten und siebten Frage begehrt das Bundesvergabeamt Auskunft über den Umfang des Rechtsschutzes, der einem vom öffentlichen Auftraggeber nicht berücksichtigten Unternehmen zu gewähren ist. Auch diese Fragen setzen denknotwendig voraus, dass Vorgänge wie die aus den Jahren 2000, 2001 und 2005 überhaupt als Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags anzusehen sind. Dies räumt auch das Bundesvergabeamt im Vorlagebeschluss ein.

140. Auf der Grundlage der dem Gerichtshof vorliegenden Informationen bin ich, wie bereits erwähnt, der Auffassung, dass keiner dieser Vorgänge eine solche Vergabe darstellte [71]. Dementsprechend prüfe ich die Fragen sechs und sieben lediglich hilfsweise.

1. Zur sechsten Frage

141. Die sechste Frage des Bundesvergabeamts hat die Auslegung der Begriffe des Schadens bzw. des Geschädigtwerdens in Art. 1 Abs. 3 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 zum Gegenstand. Wie bereits erwähnt [72], ist diese Frage nur im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie zulässig.

142. Mit seiner Frage möchte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen wissen, ob ein Nachprüfungsverfahren bereits dann durchzuführen ist, wenn der Antragsteller geltend macht, ihm sei wegen einer zu Unrecht unterlassenen Vergabebekanntmachung die Teilnahmemöglichkeit an einem Vergabeverfahren entgangen, oder ob der Antragsteller zusätzlich seine eigene Leistungsfähigkeit für die Ausführung des jeweiligen öffentlichen Auftrags nachzuweisen hat. Es gilt also, die *Antragsbefugnis* für das Nachprüfungsverfahren näher zu beleuchten.

143. Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 gestattet den Mitgliedstaaten, die Antragsbefugnis in Bezug auf ein Nachprüfungsverfahren für die Vergabe öffentlicher Aufträge [73] in zweierlei Hinsicht einzuschränken: zum einen durch das Erfordernis eines Interesses des Antragstellers an dem jeweiligen öffentlichen Auftrag, zum anderen durch das Erfordernis eines entstandenen bzw. drohenden Schadens für den Antragsteller. Auf diese Weise können Popularklagen sowie Rechtsbehelfe offensichtlich aussichtsloser Bewerber ausgeschlossen werden.

71 — Vgl. dazu meine Ausführungen zur ersten, zweiten und dritten Frage (oben, Nrn. 41 bis 105 dieser Schlussanträge).

72 — Vgl. dazu Nrn. 35 bis 37 dieser Schlussanträge.

73 — Die Bezugnahme auf öffentliche Liefer- und Bauaufträge muss seit der Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie 89/665 durch die Richtlinie 92/50 so verstanden werden, dass sie alle öffentlichen Aufträge, also auch Dienstleistungsaufträge, umfasst. Dass nur Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 entsprechend angepasst wurde, nicht aber Abs. 3, scheint auf ein redaktionelles Versehen des Gemeinschaftsgesetzgebers zurückzuführen zu sein, das für künftige Fälle durch die Richtlinie 2007/66 berichtigt wurde.

144. Dabei darf allerdings die praktische Wirksamkeit der Richtlinie nicht beeinträchtigt werden [74]. Die Einschränkungen der Antragsbefugnis sind deshalb im Lichte der doppelten Zielsetzung der Richtlinie auszulegen, einerseits dem Einzelnen *effektiven Rechtsschutz* im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge zu gewähren und andererseits eine angemessene *Kontrolle der Legalität* der Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber zu ermöglichen.

145. Denn wie aus ihrem ersten und zweiten Erwägungsgrund hervorgeht, zielt die Richtlinie 89/665 darauf ab, die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene vorhandenen Mechanismen zu verstärken, um die tatsächliche Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu sichern; zu diesem Zweck sind die Mitgliedstaaten nach Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie verpflichtet, sicherzustellen, dass rechtswidrige Entscheidungen der Vergabebehörden wirksam und möglichst rasch nachgeprüft werden können [75].

146. Vor diesem Hintergrund darf die Antragsbefugnis in vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht übermäßig eingeschränkt werden. Insbesondere dürfen an die *Zulässigkeit* eines Nachprüfungsantrags nicht dieselben Anforderungen gestellt werden wie an seine *Begründetheit* [76].

147. Es kann also nicht darum gehen, dem Betroffenen bereits im Stadium der Antragstellung den konketen Nachweis abzuverlangen, dass ihm tatsächlich ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Vielmehr muss es für die Antragsbefugnis in einem Nachprüfungsverfahren ausreichen, dass der Betroffene — neben dem Rechtsverstoß des öffentlichen Auftraggebers — sein Interesse an dem in Frage stehenden Auftrag sowie die *Möglichkeit* des Eintritts eines Schadens *schlüssig behauptet*.

148. Die Möglichkeit eines Schadens ist anzunehmen, wenn nicht offensichtlich ausgeschlossen ist, dass der Antragsteller ohne den behaupteten Rechtsverstoß des öffentlichen Auftraggebers den Zuschlag erhalten hätte. Wurde der öffentliche Auftrag — wie im vorliegenden Fall — im Wege der Direktvergabe [77] ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben, so folgt schon aus dieser — als rechtswidrig gerügten — Vereitelung seiner Teilnahmemöglichkeit am Vergabeverfahren, dass dem Antragsteller möglicherweise ein Auftrag entgangen und somit ein Schaden entstanden ist [78].

74 — Urteile vom 19. Juni 2003, Fritsch, Chiari & Partner u. a. (C-410/01, Slg. 2003, I-6413, Randnrn. 31 und 34), vom 12. Dezember 2002, Universale-Bau u. a. (C-470/99, Slg. 2002, I-11617, Randnr. 72), und vom 12. Februar 2004, Grossmann Air Service (C-230/02, Slg. 2004, I-1829, Randnr. 42).

75 — Urteile vom 28. Oktober 1999, Alcatel Austria u. a. (C-81/98, Slg. 1999, I-7671, Randnrn. 33 und 34), Fritsch, Chiari & Partner u. a. (zitiert in Fn. 74, Randnr. 30), Universale-Bau u. a. (zitiert in Fn. 74, Randnr. 74) und Grossmann Air Service (zitiert in Fn. 74, Randnr. 36).

76 — Der Umstand allein, dass sich *am Ende des Nachprüfungsverfahrens* gegebenenfalls kein entstandener oder drohender Schaden nachweisen lässt, spricht als solcher noch nicht gegen die Zulässigkeit des Antrags auf Nachprüfung; in diesem Sinne Urteil vom 19. Juni 2003, Hackermüller (C-249/01, Slg. 2003, I-6319, Randnr. 27).

77 — Auch „freihändige Vergabe" genannt.

78 — So auch das deutsche Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 29. Juli 2004 (2 BvR 2248/03, Absatz-Nr. 36 am Ende).

149. Ein konkreter Nachweis seiner Leistungsfähigkeit ist dem Betroffenen im Stadium seines Antrags auf Nachprüfung ebenso wenig abzuverlangen wie der Nachweis, dass er ohne den behaupteten Rechtsverstoß den Zuschlag erhalten hätte [79]. Ansonsten würde ihm der Zugang zum Nachprüfungsverfahren praktisch unmöglich gemacht oder jedenfalls übermäßig erschwert [80]. Insbesondere in Fällen der Direktvergabe wie dem vorliegenden wäre dem Betroffenen ein konkreter Nachweis seiner Leistungsfähigkeit kaum möglich, da es ihm mangels vorheriger Vergabebekanntmachung an genauen Informationen über die vom öffentlichen Auftraggeber gestellten Anforderungen fehlen dürfte.

150. Nur ausnahmsweise kann der Antrag auf Nachprüfung unter Hinweis auf die mangelnde Leistungsfähigkeit des Betroffenen schon *a limine* als unzulässig abgewiesen werden, und zwar dann, wenn seine mangelnde Leistungsfähigkeit bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung so offensichtlich auf der Hand liegt, dass sie keiner eingehenden Prüfung bedarf. Alles andere ist jedoch eine Frage der Begründetheit des Antrags.

151. Festzuhalten bleibt somit zur sechsten Frage, dass ein Antrag auf Nachprüfung im Sinne von Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665 bereits dann zulässig ist, wenn der Antragsteller sein Interesse an dem öffentlichen Auftrag, den Rechtsfehler und den möglicherweise eingetretenen oder drohenden Schaden schlüssig behauptet. Wurde der Auftrag ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben, so folgt schon aus der Vereitelung seiner Teilnahmemöglichkeit am Vergabeverfahren, dass dem Antragsteller möglicherweise ein Schaden entstanden ist, es sei denn, seine mangelnde Leistungsfähigkeit ist offensichtlich.

79 — Im selben Sinne das Bundesverfassungsgericht (zitiert in Fn. 78, Absatz-Nrn. 26 und 29).

80 — Im selben Sinne — wenngleich bezogen auf die Zuerkennung von Schadensersatz — die Schlussanträge des Generalanwalts Geelhoed vom 10. Oktober 2002 in der Rechtssache GAT (zitiert in Fn. 20, Nr. 66).

2. Zur siebten Frage

152. Mit seiner siebten Frage möchte das Bundesvergabeamt im Wesentlichen wissen, ob es mit den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität vereinbar ist, wenn das nationale Recht für einen vergaberechtlichen Feststellungsantrag, der eine zwingende Voraussetzung für eine spätere Schadensersatzklage ist, eine Ausschlussfrist von höchstens sechs Monaten ab dem Datum des vermeintlich vergaberechtswidrigen Zuschlags vorsieht. Das Bundesvergabeamt fragt sich ferner, ob es der Grundsatz der Effektivität gebietet, zu der besagten Frist von sechs Monaten etwaige Zeiträume hinzuzurechnen, in denen nach nationalem Recht kein wirksamer Rechtsbehelf bestand.

153. Hintergrund dieser Frage ist, dass PN ihre Nachprüfungsanträge vor dem Bundesvergabeamt erst im Juli 2006 gestellt hat, also zwar innerhalb von sechs Monaten nach Inkrafttreten der neuen Verfahrensvorschriften in § 331 BVergG 2006 am 1. Februar 2006, aber mehr als sechs Monate nach den hier streitigen Vorgängen aus den Jahren 2000, 2001 und 2005. Nach Ansicht des Bundesvergabeamts können Direktvergaben („De-facto-Vergaben“) in Österreich erst seit Inkrafttreten des § 331 BVergG 2006 „effektiv bekämpft werden“.

154. Die Richtlinie 89/665 trifft keine ausdrückliche Regelung über die auf Nachprüfungsverfahren gemäß ihrem Art. 1 anwendbaren Fristen.

155. Ausgangspunkt für die Beantwortung der dem Gerichtshof gestellten Frage ist somit der Grundsatz der *Verfahrensautonomie* der Mitgliedstaaten [81]: Nach ständiger Rechtsprechung ist mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung die Bestimmung der zuständigen Stellen und die Ausgestaltung von Verfahren, die den Schutz der dem Bürger aus dem Gemeinschaftsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung der einzelnen Mitgliedstaaten, wobei diese Verfahren nicht weniger günstig gestaltet sein dürfen als bei entsprechenden Rechtsbehelfen, die nur innerstaatliches Recht betreffen (*Grundsatz der Gleichwertigkeit bzw. Äquivalenz*), und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen (*Grundsatz der Effektivität*) [82]. Beide Grundsätze finden auch in Art. 1 der Richtlinie 89/665 ihren Niederschlag: der Grundsatz der Äquivalenz in Abs. 2 und der Grundsatz der Effektivität in Abs. 1.

156. Der *Grundsatz der Äquivalenz* ist eine Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung [83], der verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, es sei denn, dass eine derartige Behandlung objektiv gerechtfertigt ist [84].

157. Zu Recht haben die Kommission sowie APA und APA-OTS in diesem Zusammenhang auf eine Besonderheit hingewiesen, die das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren auszeichnet. So verlangt Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 von den Mitgliedstaaten, eine *möglichst rasche Nachprüfung* von Vergaberechtsverstößen zu ermöglichen. Auf diese Weise soll zum einen effektiver Rechtsschutz gewährt werden, zum anderen soll möglichst schnell Rechtssicherheit geschaffen werden. Diese Zielsetzung rechtfertigt es, für Anträge auf Nachprüfung im Sinne der Richtlinie 89/665 gegebenenfalls kürzere Fristen vorzusehen als die Verjährungsfristen, denen Schadensersatzansprüche nach den allgemeinen innerstaatlichen Rechtsvorschriften unterworfen sind.

158. Der Grundsatz der Äquivalenz steht also einer sechsmonatigen Ausschlussfrist für Nachprüfungsanträge wie der in § 332 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 vorgesehenen nicht entgegen, auch wenn nach nationalem

81 — Urteil Universale-Bau (zitiert in Fn. 74, Randnr. 71); zum Begriff der *Verfahrensautonomie* vgl. die Urteile vom 7. Januar 2004, Wells (C-201/02, Slg. 2004, I-723, Randnr. 67), vom 4. Juli 2006, Adeneler e.a. (C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Randnr. 95), und vom 28. Juni 2007, Bonn Fleisch (C-1/06, Slg. 2007, I-5609, Randnr. 41).

82 — Urteile vom 19. Dezember 1968, Salgoil (13/68, Slg. 1968, 680, 693), vom 16. Dezember 1976, Rewe-Zentralfinanz (33/76, Slg. 1976, 1989, Randnr. 5), vom 14. Dezember 1995, Peterbroeck (C-312/93, Slg. 1995, I-4599, Randnr. 12), vom 13. März 2007, Unibet (C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnrn. 39 und 43), und vom 7. Juni 2007, Van der Weerd u. a. (C-222/05 bis C-225/05, Slg. 2007, I-4233, Randnr. 28).

83 — Siehe meine Schlussanträge vom 9. Januar 2008 in der Rechtssache C-268/06 (Impact); zum Grundsatz der Gleichbehandlung vgl. die ständige Rechtsprechung, nicht zuletzt Urteile vom 12. September 2006, Eman und Sevinger (C-300/04, Slg. 2006, I-8055, Randnr. 57), vom 3. Mai 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Slg. 2007, I-3633, Randnr. 56), und vom 11. September 2007, Lindorfer/Rat (C-227/04 P, Slg. 2007, I-6767, Randnr. 63).

84 — In diesem Sinne auch — wenngleich bezogen auf die Erstattung von Abgaben — Urteil vom 15. September 1998, Edis (C-231/96, Slg. 1998, I-4951, Randnr. 37).

Recht die allgemeine Verjährungsfrist für Schadensersatzansprüche länger ist.

159. Zu prüfen bleibt allerdings im Hinblick auf den *Grundsatz der Effektivität*, ob eine Ausschlussfrist wie die im österreichischen Recht für Feststellungsanträge vorgesehene es den Betroffenen nicht praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert, später ihr Recht auf Schadensersatz im Sinne von Art. 2 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 89/665 durchzusetzen.

160. Grundsätzlich steht die Festsetzung angemessener Ausschlussfristen für die Einlegung von Rechtsbehelfen nicht im Widerspruch zum Effektivitätsgebot, da sie ein Anwendungsfall des grundlegenden Prinzips der Rechtssicherheit ist [85].

161. Die Angemessenheit einer Ausschlussfrist ist dabei mit Blick auf die Art und die Rechtsfolgen des jeweiligen Rechtsbehelfs sowie auf die in Frage stehenden Rechte und Interessen aller Betroffenen zu beurteilen.

162. So ist für Nachprüfungsanträge, die darauf abzielen, bereits geschlossene Verträge — sei es rückwirkend oder für die Zukunft — für unwirksam erklären zu lassen, eine absolute Ausschlussfrist von sechs Monaten im Grundsatz durchaus angemessen [86]. Denn die besonders schwerwiegende Rechtsfolge der Unwirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrags rechtfertigt es, eine Frist vorzusehen, die auch unabhängig davon läuft, ob der Antragsteller Kenntnis von der Vergaberechtswidrigkeit der Auftragsvergabe hatte oder ob er diese wenigstens kennen musste. Sowohl für den öffentlichen Auftraggeber als auch für seinen Vertragspartner besteht ein klares und schützenswertes Bedürfnis nach Rechtssicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit des geschlossenen Vertrags.

163. In Bezug auf einen Fall wie den vorliegenden ist aber zu bedenken, dass die absolute Ausschlussfrist von sechs Monaten, wie sie § 332 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 für Feststellungsanträge nach § 331 Abs. 1 dieses Gesetzes vorsieht, nicht nur denjenigen trifft, der tatsächlich das Ziel verfolgt, die Unwirksamkeit eines bereits geschlossenen Vertrags herbeizuführen, sondern auch denjenigen, der nur einen unabdingbaren verfahrensrechtlichen Schritt tätigen will, um eine spätere Schadensersatzklage vor den österreichischen Zivilgerichten vorzubereiten.

164. Erlangt also der Betroffene erst nach mehr als sechs Monaten Kenntnis von dem Schaden, der ihm aufgrund einer vergaberechtswidrigen Auftragsvergabe ohne vorherige Vergabebekanntmachung

85 — Ständige Rechtsprechung; vgl. etwa Urteile Rewe-Zentralfinanz (zitiert in Fn. 82, Randnr. 5), Edis (zitiert in Fn. 84, Randnrn. 20 und 35), und vom 17. Juni 2004, Recheio — Cash & Carry (C-30/02, Slg. 2004, I-6051, Randnr. 18); speziell zur Richtlinie 89/665 vgl. ferner die Urteile Universale-Bau (zitiert in Fn. 74, Randnr. 76), vom 27. Februar 2003, Santex (C-327/00, Slg. 2003, I-1877, Randnr. 50), und vom 11. Oktober 2007, Lämmerzahl (C-241/06, Slg. 2007, I-8415, Randnr. 50).

86 — Vgl. dazu auch Art. 2 f Abs. 1 Buchst. b in Verbindung mit Art. 2 d Abs. 1 der Richtlinie 89/665 in der Fassung der Richtlinie 2007/66.

(Direktvergabe oder De-facto-Vergabe) entstanden ist, so kann er nicht einmal mehr Schadensersatzansprüche vor den Zivilgerichten geltend machen, weil dafür gemäß § 341 Abs. 2 BVergG 2006 zwingend zuvor ein Feststellungsantrag zu stellen gewesen wäre, der jedoch zu diesem Zeitpunkt bereits verfristet ist.

165. Damit wirkt sich die Ausschlussfrist des § 332 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 über ihren eigentlichen Anwendungsbereich hinaus auch auf Folgeverfahren aus, für die sie in ihrer Strenge jedoch nicht angemessen ist. Denn im Hinblick auf bloße Schadensersatzansprüche besteht seitens des öffentlichen Auftraggebers nicht dasselbe Bedürfnis nach Rechtssicherheit wie im Hinblick auf die Wirksamkeit eines geschlossenen Vertrags.

166. Sofern ein Mitgliedstaat von der in Art. 2 Abs. 2 und Abs. 5 der Richtlinie 89/665 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch macht und die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen von der vorherigen erfolgreichen Durchführung eines Feststellungsverfahrens abhängig macht, müssen die dort geltenden Fristen so ausgestaltet sein und angewendet werden, dass sie die tatsächliche Durchsetzung des Anspruchs auf Schadensersatz nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren [87].

167. Insgesamt erfordert es der Grundsatz der Effektivität, dass die Frist für einen Feststellungsantrag, mit dem der Antragsteller lediglich die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen vorbereitet, nicht zu laufen beginnt, bevor der Antragsteller den Schadenseintritt kannte oder kennen musste. Soweit der Antragsteller hingegen mit einem solchen Feststellungsantrag darauf abzielt, auch die Nichtigerklärung des vom öffentlichen Auftraggeber geschlossenen Vertrags zu erwirken, können strengere Fristen vorgesehen werden, die unabhängig von der Kenntnis oder der Möglichkeit der Kenntnisnahme von einem etwaigen Schaden zu laufen beginnen.

168. Der nationale Richter hat das innerstaatliche Verfahrensrecht möglichst so auszulegen, dass die Beachtung des sich aus der Richtlinie 89/665 ergebenden Effektivitätsgebots sichergestellt ist, und hat notfalls jede Bestimmung unangewendet zu lassen, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis führen würde [88].

169. Für einen Fall wie den vorliegenden, in dem es um eine Direktvergabe ohne vorherige Vergabebekanntmachung geht, bedeutet dies, dass die Frist für den Feststellungsantrag nicht zu laufen beginnen darf, bevor der Betroffene den behaupteten Vergaberechtsverstoß kannte oder ihn kennen musste, soweit dieser Antrag als notwendige Voraussetzung für einen späteren Schadensersatzprozesses gestellt wird.

87 — Die Bedeutung der konkreten Ausgestaltung und der praktischen Anwendung einer Fristenregelung betont auch etwa das Urteil Lämmerzahl (zitiert in Fn. 85, Randnrn. 52, 56 und 61).

88 — Urteile Santex (zitiert in Fn. 85, Randnr. 62 bis 64) und Lämmerzahl (zitiert in Fn. 85, Randnrn. 62 und 63).

170. In seinem Vorlagebeschluss deutet das Bundesvergabeamt an, dass seiner Meinung nach ein gemeinschaftsrechtskonformes Ergebnis im vorliegenden Fall tatsächlich erzielt werden kann, indem zum einen der neu geschaffene Rechtsbehelf des § 331 Abs. 1 Nr. 4 BVergG 2006 auf Vorgänge aus der Zeit vor seinem Inkrafttreten angewandt wird und zum anderen die einschlägigen Fristen unter Rückgriff auf bestimmte Vorschriften des allgemeinen Zivilrechts berechnet werden, so dass sie nicht zu laufen beginnen, bevor der Antragsteller Kenntnis vom Schaden erlangt, und sich um Zeiträume verlängern, in denen kein wirksamer Rechtsbehelf bestand.

Der Grundsatz der Effektivität erfordert es, Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 dahin auszulegen, dass für einen Nachprüfungsantrag, der nach innerstaatlichem Recht zwingende Voraussetzung für einen späteren Schadensersatzprozess ist, eine angemessene Frist zur Verfügung steht, die nicht zu laufen beginnen darf, bevor der Betroffene den behaupteten Vergaberechtsverstoß kannte oder ihn kennen musste, und die sich um Zeiträume verlängert, in denen kein wirksamer Rechtsbehelf bestand. Der nationale Richter hat das innerstaatliche Verfahrensrecht möglichst so auszulegen, dass dieses Ergebnis erreicht wird, und hat notfalls jede Bestimmung unangewendet zu lassen, deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis führen würde.

171. Zusammenfassend zur siebten Frage gilt:

VII — Ergebnis

172. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, nur die ersten drei ihm vom österreichischen Bundesvergabeamt vorgelegten Fragen zu beantworten, und zwar wie folgt:

1) Allgemein zur ersten, zweiten und dritten Frage:

Wird ein Vertrag, der in den Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fällt, während seiner Laufzeit inhaltlich geändert, so bedarf es nicht der Durchführung

eines Vergabeverfahrens, es sei denn, es handelt sich um eine wesentliche Vertragsänderung.

2) Speziell zur ersten Frage:

a) Keine wesentliche Vertragsänderung ist anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber akzeptiert, dass die Ausführung eines Teils des öffentlichen Auftrags einer Tochtergesellschaft des Auftragnehmers übertragen wird, deren 100%iger Anteilseigner der Auftragnehmer ist und die er in ähnlicher Weise beherrscht wie eine eigene Unternehmensabteilung. Dem steht nicht entgegen, dass der Auftragnehmer theoretisch zu einem späteren Zeitpunkt Anteile der Tochtergesellschaft an Dritte veräußern könnte.

b) Ist der Auftragnehmer eine juristische Person, so stellen etwa eintretende Veränderungen im Kreis seiner Anteilseigner während der Vertragslaufzeit keine wesentliche Vertragsänderung dar.

3) Speziell zur zweiten und dritten Frage:

a) Keine wesentliche Vertragsänderung ist anzunehmen, wenn rein technische Anpassungen des Vertrags an veränderte äußere Umstände vorgenommen werden; dazu gehört die Umrechnung von ursprünglich in der Landeswährung ausgedrückten Entgelten in Euro und die Bezugnahme auf einen neuen Wertsicherungsindex, der als gleichwertiger Nachfolgeindex eines bisher verwendeten Indexes gilt.

b) Ebenso wenig ist eine wesentliche Vertragsänderung anzunehmen, wenn zu einem zeitlich unbefristeten öffentlichen Dienstleistungsauftrag ein auf drei Jahre befristeter Kündigungsverzicht vereinbart wird, es sei denn, konkrete Anhaltspunkte sprächen dafür, dass sich der öffentliche Auftraggeber ansonsten noch während der vorgesehenen Laufzeit des Kündigungsverzichts aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen von dem bestehenden Vertrag gelöst hätte.

c) Ob die inhaltliche Änderung der Entgelte für einen Teil der zu erbringenden Dienstleistungen eine wesentliche Vertragsänderung darstellt, hängt von der Bedeutung der Änderung des jeweiligen Entgelts ab, sowohl in Bezug auf die betreffende Teilleistung als auch im Verhältnis zum öffentlichen Auftrag in seiner Gesamtheit.