

Dokumentnummer: c454_06_de
letzte Aktualisierung: 19.6.2008

EuGH, 19.6.2008 - C-454/06

GWB §§ 97 ff.; RL 92/50/EWG Art. 3, 8, 9; EG Art. 234

Keine Ausschreibungspflicht für konzerninterne Übertragung der Leistungserbringung an weisungsgebundene 100%-Tochtergesellschaft unter Fortbestand der Haftung des ursprünglichen Dienstleistungsempfängers

1. 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/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sind dahin auszulegen, dass sie nicht eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens umfassen, in der vom ursprünglichen Dienstleistungserbringer an den öffentlichen Auftraggeber erbrachte Dienstleistungen auf einen anderen Dienstleistungserbringer in Form einer Kapitalgesellschaft übertragen werden, deren Alleingesellschafter der ursprüngliche Dienstleistungserbringer ist, der den neuen Dienstleistungserbringer kontrolliert und ihm Weisungen erteilt, wenn der ursprüngliche Dienstleistungserbringer weiterhin die Haftung für die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen übernimmt.

2. 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 sind dahin auszulegen, dass sie eine Anpassung des ursprünglichen Vertrags an veränderte äußere Umstände, wie die Umrechnung ursprünglich in nationaler Währung ausgedrückter Preise in Euro, die geringfügige Verringerung dieser Preise zu ihrer Rundung und die Bezugnahme auf einen neuen Preisindex, der gemäß den Bestimmungen des ursprünglichen Vertrags den zuvor festgelegten Index ersetzt, nicht umfassen.

3. 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 sind dahin auszulegen, dass sie nicht eine Situation wie die des Ausgangsverfahrens umfassen, in der ein öffentlicher Auftraggeber mit dem Auftragnehmer während der Laufzeit eines Dienstleistungsauftrags von unbestimmter Dauer in einem Nachtrag vereinbart, eine Kündigungsverzichtsklausel für drei Jahre zu verlängern, die zum Zeitpunkt der Vereinbarung der neuen Klausel unwirksam geworden wäre, und für bestimmte Staffelpreise in einem besonderen Bereich größere Rabatte als die ursprünglich vorgesehenen festzulegen.

URTEIL DES GERICHTSHOFS (Dritte Kammer)

19. Juni 2008(*)

„Öffentliche Aufträge – Richtlinie 92/50/EWG – Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge – Begriff der „Vergabe eines Auftrags““

In der Rechtssache C-454/06

betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG, eingereicht vom Bundesvergabeamt (Österreich) mit Entscheidung vom 10. November 2006, beim Gerichtshof eingegangen am 13. November 2006, in dem Verfahren

pressetext Nachrichtenagentur GmbH

gegen

Republik Österreich (Bund),

APA-OTS Originaltext-Service GmbH,

APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung
erlässt

DER GERICHTSHOF (Dritte Kammer)

unter Mitwirkung des Kammerpräsidenten A. Rosas sowie der Richter U. Löhmus, J. N. Cunha Rodrigues (Berichterstatter), A. Ó Caoimh und A. Arabadjieva,

Generalanwältin: J. Kokott,

Kanzler: B. Fülöp, Verwaltungsrat,

aufgrund des schriftlichen Verfahrens und auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2008,

unter Berücksichtigung der Erklärungen

- der pressetext Nachrichtenagentur GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt G. Estermann,
- der Republik Österreich (Bund), vertreten durch A. Schittengruber und C. Mayr als Bevollmächtigte,
- der APA-OTS Originaltext-Service GmbH und der APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung, vertreten durch Rechtsanwalt J. Schramm,
- der österreichischen Regierung, vertreten durch M. Fruhmann und C. Mayr als Bevollmächtigte,
- der französischen Regierung, vertreten durch J.-C. Gracia als Bevollmächtigten,
- der litauischen Regierung, vertreten durch D. Kriauciunas als Bevollmächtigten,
- der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, vertreten durch D. Kukovec und R. Sauer als Bevollmächtigte,

nach Anhörung der Schlussanträge der Generalanwältin in der Sitzung vom 13. März 2008 folgendes

Urteil

1 Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) und der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. L 395, S. 33) in der durch die Richtlinie 92/50 geänderten Fassung (im Folgenden: Richtlinie 89/665).

2 Dieses Ersuchen ergeht im Rahmen eines Rechtsstreits der pressetext Nachrichtenagentur GmbH (im Folgenden: PN) gegen die Republik Österreich, die APA-OTS Originaltext-Service GmbH (im Folgenden: APA-OTS) und die APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (im Folgenden: APA) wegen eines Auftrags über Dienstleistungen einer Nachrichtenagentur.

Rechtlicher Rahmen

Gemeinschaftsrecht

3 Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 bestimmt:

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

4 Art. 8 dieser Richtlinie lautet:

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

5 Art. 9 der Richtlinie bestimmt:

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

6 Art. 10 der Richtlinie sieht vor:

„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 Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie bestimmt:

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

...

e) für zusätzliche Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im zuerst geschlossenen Vertrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der darin beschriebenen Dienstleistungen

erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Dienstleistungserbringer vergeben wird, der diese Dienstleistung erbringt,

- wenn sich die zusätzlichen Dienstleistungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber vom Hauptauftrag trennen lassen oder
- wenn diese Dienstleistungen zwar von der Ausführung des ursprünglichen Auftrags getrennt werden können, aber für dessen Verbesserung unbedingt erforderlich sind.

Der Gesamtwert der Aufträge für die zusätzlichen Dienstleistungen darf jedoch 50 v. H. des Wertes des Hauptauftrags nicht überschreiten;

f) bei neuen Dienstleistungen, die in der Wiederholung gleichartiger Leistungen bestehen, die durch den gleichen Auftraggeber an den Dienstleistungserbringer vergeben werden, der den ersten Auftrag erhalten hat, sofern sie einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ersten Auftrags war, der nach den in Absatz 4 genannten Verfahren vergeben wurde. Die Möglichkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens muss bereits bei der Ausschreibung des ersten Vorhabens angegeben werden; der für die nachfolgenden Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert wird vom Auftraggeber für die Anwendung des Artikels 7 berücksichtigt. Dieses Verfahren darf jedoch nur binnen drei Jahren nach Abschluss des ersten Auftrags angewandt werden.“

Ausgangsverfahren und Vorlagefragen

8 APA wurde in Österreich nach dem Zweiten Weltkrieg in Form einer registrierten Genossenschaft mit beschränkter Haftung gegründet. Fast alle österreichischen Tageszeitungen sowie der österreichische Rundfunk ORF waren Mitglieder dieser Genossenschaft. Zusammen mit ihren Tochtergesellschaften ist APA führender Anbieter auf dem österreichischen Markt für Nachrichtenagenturen und erbringt traditionell verschiedene Nachrichtenagenturleistungen für die Republik Österreich (Bund).

9 PN ist seit 1999 auf dem österreichischen Nachrichtenagenturmarkt tätig, hat aber nur in sehr geringem Ausmaß Presseaussendungen für die österreichischen Bundesdienststellen erstellt. PN beschäftigt weniger journalistische Mitarbeiter als APA und verfügt nicht über ein so großes Archiv wie diese.

10 Im Jahr 1994, also vor ihrem Beitritt zur Europäischen Union, schloss die Republik Österreich einen Vertrag (im Folgenden: Basisvertrag) mit APA, der die Erbringung bestimmter Dienstleistungen gegen Entgelt vorsah. Dieser Vertrag erlaubte den österreichischen Bundesdienststellen im Wesentlichen, aktuelle Informationen einzusehen und zu verwenden (der sogenannte „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.

11 Der Basisvertrag wurde auf unbestimmte Dauer geschlossen, wobei eine Klausel vorsah, dass die Parteien bis zum 31. Dezember 1999 auf eine Kündigung verzichteten.

12 Der Basisvertrag sah in § 2 lit. c vor:

„Für Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA gemäß § 1 verrechnet die APA als Abgeltung für die dabei entstehende EDV-Systembelastung pro CPU-Minute (Netto-CPU-Zeit) ein Entgelt entsprechend dem niedrigsten Staffeltarif nach der offiziellen Preisliste (derzeit S 67,- exkl. MwSt pro CPU-Minute) abzüglich 15%.“

13 Der Vertrag enthielt auch Bestimmungen über den Zeitpunkt der ersten Preiserhöhung, den Maximalbetrag jeder Erhöhung und die Indexierung der Preise auf der Basis des Verbraucherpreisindex 1986, wobei der Bezugswert die für das Jahr 1994 errechnete Indexzahl war. In dieser Hinsicht sah § 5 Ziff. 3 des Vertrags u. a. vor: „.... Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Entgelte gemäß § 2 lit. a und b. vereinbart. Als Maß zur Berechnung der Wertbeständigkeit dient der Verbraucherpreisindex 86 (VPI 86), herausgegeben vom Österreichischen Statistischen Zentralamt (ÖSTAT), oder ein an seine Stelle tretender Nachfolgeindex.“

14 Im September 2000 gründete APA in Form einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung die APA-OTS, eine Tochtergesellschaft, die sich zu 100 % in ihrem Besitz befindet. Zwischen beiden Gesellschaften besteht ein Gewinn- und Verlustausschließungsvertrag, aus dem sich nach Angaben von APA und APA-OTS ergibt, dass 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 APA etwaige Jahresfehlbeträge von APA-OTS auszugleichen hat.

15 Im September 2000 übertrug APA ihre Tätigkeit im Zusammenhang mit den OTS-Dienstleistungen auf APA-OTS. Diese Veränderung wurde der Republik Österreich im Oktober 2000 mitgeteilt, wobei ein vertretungsbefugter Mitarbeiter von APA auf Nachfrage der österreichischen Behörden versicherte, dass APA nach der Ausgliederung solidarisch mit APA-OTS hafte und sich an der bisherigen Gesamtleistung nichts ändern werde. Die österreichischen Behörden erteilten daraufhin ihre Zustimmung zur künftigen Erbringung der OTS-Dienstleistungen durch APA-OTS und entrichten seitdem die Entgelte für diese Leistungen direkt an APA-OTS.

16 Darüber hinaus wurden die Bestimmungen des Basisvertrags durch einen im Jahr 2001 vereinbarten ersten Nachtrag geändert, der ab dem 1. Januar 2002 wirksam war. Dieser Nachtrag passte den ursprünglichen Vertrag aus Anlass der Umstellung auf den Euro in der nachstehend in den Randnrn. 17 bis 20 ausgeführten Weise an.

17 Erstens wurde der Betrag der Jahresgebühr von 10 080 000 ATS für die Nutzung der redaktionellen Artikel und der Medienarchive durch den Betrag von 800 000 Euro ersetzt. Wegen der Indexklausel hätte der Preis für 2002 11 043 172 ATS (bei der Umstellung auf den Euro gerundet auf 802 538,61 Euro) betragen müssen. Es wurde beschlossen, nicht diesen Betrag festzulegen, sondern die runde Summe von 800 000 Euro, was einer Ermäßigung um 0,3 % entspricht.

18 Zweitens wurde der Preis für die Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA, der auf 67 ATS pro Minute festgelegt war, durch den Preis von 4,87 Euro pro Minute ersetzt. Abgesehen von der bei der Umstellung auf den Euro vorgenommenen Rundung wurde der innere Wert dieses Entgelts nicht geändert.

19 Drittens wurde, was die Indexberechnung betrifft, die auf der Grundlage des Verbraucherpreisindex 1986 errechnete Indexzahl für das Jahr 1994 durch die auf der Grundlage des Verbraucherpreisindex 1996 errechnete Indexzahl für das Jahr 2001 als Ausgangsbasis ersetzt. In dieser Hinsicht wurde insbesondere § 5 Ziff. 3 des Basisvertrags durch den ersten Nachtrag wie folgt geändert:

„Es wird ausdrücklich Wertbeständigkeit der Entgelte gemäß § 2 lit. a und b. vereinbart. Als Maß zur Berechnung der Wertbeständigkeit dient der Verbraucherpreisindex 1996 (VPI 96), herausgegeben von der Bundesanstalt Statistik Österreich oder ein an seine Stelle tretender Nachfolgeindex.“

20 Viertens wurden abweichend von diesem Indexmechanismus bestimmte Preise für die Jahre 2002 bis 2004 direkt festgelegt. Der Preis von 8,50 ATS pro Zeile für die Aufnahme von Presseaussendungen in den OTS-Dienst wurde ersetzt durch feste Entgelte von 0,66 Euro pro Zeile für das Jahr 2002, 0,67 Euro für das Jahr 2003 und 0,68 Euro für das Jahr 2004. Bei Anwendung der Wertsicherungsklausel hätte das Entgelt sich für das Jahr 2002 auf 9,31 ATS pro Zeile (gerundet auf 0,68 Euro pro Zeile) erhöhen müssen. Der Preis wurde also um 2,94 % für das Jahr 2002 und um 1,47 % für das Jahr 2003 ermäßigt.

21 Ein im Oktober 2005 vereinbarter zweiter Nachtrag, der ab 1. Januar 2006 wirksam war, brachte zwei weitere Änderungen des Basisvertrags. Mit diesem zweiten Nachtrag wurde der Basisvertrag in der nachstehend in den Randnrn. 22 und 23 dargestellten Weise geändert.

22 Erstens wurde der im Basisvertrag vereinbarte Kündigungsverzicht bis zum 31. Dezember 1999 bis zum 31. Dezember 2008 erneuert.

23 Zweitens wurde der vereinbarte Rabatt auf den Preis für Online-Abfragen aus den Informationsdiensten der APA, der im Basisvertrag auf 15 % festgelegt war, auf 25 % erhöht. In dieser Hinsicht wurde § 2 lit. c des Basisvertrags durch den zweiten Nachtrag wie folgt geändert:

„Folgende Bestimmungen des [Basisvertrags in der Fassung des ersten Nachtrags] werden mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 2006 wie folgt geändert:

1. In § 2 lit. c. wird der Prozentsatz „15 %“ durch „25 %“ geändert.

...“

24 Im Jahr 2004 bot PN der Republik Österreich Nachrichtenagenturleistungen an, ohne dass dieses Angebot jedoch zu einem Vertragsabschluss führte.

25 Mit ihren am 4. und am 19. Juli 2006 gestellten Anträgen begehrte PN beim Bundesvergabeamt die Feststellung, dass die Teilung des Basisauftrags infolge der Umstrukturierung von APA im Jahr 2000 sowie die von ihr als „De-facto-Vergaben“ bezeichneten Nachträge von 2001 und 2005 rechtswidrig gewesen seien, und, hilfsweise, dass die Wahl der in Rede stehenden Vergabeverfahren rechtswidrig gewesen sei.

26 In Bezug auf die Antragsfristen führt das Bundesvergabeamt aus, dass die beanstandeten Handlungen zwar in den Jahren 2000, 2001 und 2005 ausgeführt worden seien, der im innerstaatlichen Recht gegen rechtswidrige Auftragsvergaben zur Verfügung stehende Rechtsbehelf (d. h. der Feststellungsantrag mit vertragsauflösender Wirkung) jedoch erst später, mit Wirkung ab 1. Februar 2006, geschaffen worden sei. Die für die Einlegung dieses Rechtsbehelfs vorgesehene Frist betrage sechs Monate ab dem Datum des rechtswidrigen Zuschlags. Das vorlegende Gericht hält die Anwendung von § 1496 des Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs (ABGB) für angebracht, wonach Verjährungsfristen nicht laufen könnten, wenn die gebotene Rechtpflege nicht funktioniere, vorausgesetzt, diese Anwendung wäre mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

27 Das Bundesvergabeamt hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen vorgelegt:

1. Sind der Begriff der „Vergabe“ in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 92/50 und der Begriff „vergeben“ in den Art. 8 und 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 den 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 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 den 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 in Art. 11 Abs. 3 Buchst. b der Richtlinie 92/50 genannt, umfasst sind? Oder gebieten es der Transparenzgrundsatz oder 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?