

Titel:

Bekanntgabe der Eignungskriterien durch Linksetzung

Normenketten:

GWB § 122 Abs. 4 S. 2, § 160 Abs. 3 Nr. 1

VgV § 29 Abs. 1, § 41 Abs. 1, § 48 Abs. 1

AEUV Art. 288, Art. 291

RL 2014/24/EU Art. 58 Abs. 5

Leitsätze:

1. Die Vorschrift des § 41 VgV ist nicht dahin zu verstehen, dass die Bekanntmachung und die Benennung der Eignungskriterien und ihrer Nachweise durch eine Linksetzung auf die Vergabeunterlagen vorgenommen werden dürfen. (Rn. 48) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der Gesetzgeber hat die Frage, ob eine Verlinkung für eine ordnungsgemäße Bekanntgabe der Eignungskriterien ausreicht, nicht geregelt; die Zulassung eines sogenannten Deep-Links stellt eine Erweiterung der Möglichkeiten der Bekanntmachung durch die Rechtsprechung dar. (Rn. 50) (redaktioneller Leitsatz)

3. Den Anforderungen von Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU sowie des Teils C Anhang 5 der Richtlinie kann nicht dadurch nachgekommen werden, dass für die Eignungsanforderungen pauschal auf die Auftragsunterlagen (ggf. mit Angabe einer Internetadresse) verwiesen wird. (Rn. 52) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Bekanntmachung, Auftragsunterlagen, Angebotsabgabe, Eignungskriterien, gesetzliche Grundlage, Teilnahmewettbewerb, Zweitwohnungssteuer, Linksetzung, Deep-Link

Vorinstanz:

Vergabekammer München, Beschluss vom 04.10.2018 – Z3-3-3194-1-27-08/18

Fundstellen:

VergabeR 2019, 536

LSK 2019, 3880

ZfBR 2019, 615

NZBau 2019, 471

BeckRS 2019, 3880

Tenor

I. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 04.10.2018, Az. Z3-3-3194-1-27-08/18 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass Ziff. 1 Satz 2 wie folgt neu gefasst wird: Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren in das Stadium vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen.

II. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin.

Gründe

A.

1

Die Antragsgegnerin beabsichtigt die Beschaffung eines neuen SAPintegrierten Veranlagungsfachverfahrens und veröffentlichte das Vorhaben im Mai 2018 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb als Lieferauftrag.

2

Die Auftragsunterlagen konnten laut Ziffer 1.3. unter dem Link <http://www.muenchen.de/vgst3> abgerufen werden.

3

Nach Ziffer II.1.4 der Bekanntmachung ist Auftragsgegenstand:

die Beschaffung eines neuen SAPintegrierten Veranlagungsfachverfahrens für die Stadtkämmerei zur optimierten Bearbeitung aller Tätigkeiten, die im Bereich der Veranlagung von Gewerbe-, Grund-, Hunde- und Zweitwohnungssteuer anfallen. Bei dem SAPintegrierten Veranlagungsverfahren sind Produkterweiterungen/-anpassungen an die Anforderungen der Landeshauptstadt München vorzunehmen. Weiterhin gehören auch die Schaffung der notwendigen (externen) Schnittstellen und zum städtischen DMS, die Herbeiführung der Betriebsbereitschaft des Systems, die Migration sämtlicher Bescheide, die Schulung der Nutzer und Administratoren, Service und Wartung über einen Zeitraum von 5 Jahren mit der Möglichkeit zur optionalen Verlängerung um weitere 5 Jahre, Optimierung und Erweiterungen zur besseren Unterstützung der Geschäftsprozesse, die Erstellung der Fach- und Systemspezifikation sowie die Erstellung von Handbüchern und einer Dokumentation zum Auftragsgegenstand.

4

In Ziffer II.2.9 der Bekanntmachung wird ausgeführt:

...Es ist beabsichtigt, im Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs 3 geeignete Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern. Sofern im Teilnahmewettbewerb mehr als 3 Bewerber als geeignet festgestellt werden, werden die 3 Bewerber mit den meisten Eignungspunkten zur Angebotsabgabe aufgefordert. Soweit der Abstand des Nächstplatzierten zum Drittplatzierten weniger als 5% der Eignungspunkte des Drittplatzierten beträgt, so wird auch derjenige Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert, der den vierten Platz belegt. ... Unter III 1. der Bekanntmachung (Befähigung zur Berufsausübung einschließlich Auflagen hinsichtlich der Eintragung in einem Berufs- oder Handelsregister) wird hinsichtlich der Eignungskriterien auf die unter dem Link www.muenchen.de/vgst -> Modernisierung Steuerfachverfahren abrufbaren Auftragsunterlagen verwiesen. Weiter heißt es dort: „Der Link gilt auch für III.1.2 und III.1.3“.

5

In Ziffer III.1.2 (Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit) und III.1.3 (Technische und berufliche Leistungsfähigkeit) erfolgte hinsichtlich der Eignungskriterien nur ein Verweis auf die Auftragsunterlagen.

6

Nach 2.2 der Bewerbungsbedingungen sind Grundlage für die Eignungsprüfung, die in den Eignungsanforderungen genannten Kriterien, sowie die geforderten Eigenerklärungen gemäß Abschnitt 3, Liste „Eigenerklärungen“. Weiter wird folgendes erklärt:

Bei den dort genannten Eignungsanforderungen handelt es sich im Rahmen dieses Verfahrens zum einen um Ausschlusskriterien, welche in der Aufstellung mit (A) kenntlich gemacht sind, zum anderen um Bewertungskriterien, welche mit (B) gekennzeichnet sind.

In der Summe werden insgesamt 1000 Gewichtungspunkte (GP) auf die Bewertungskriterien verteilt.

Mindestpunktzahl:

Insgesamt muss der Bewerber mit seinem Teilnahmeantrag eine Mindestpunktzahl von 2.500 (von insgesamt 5.000 möglichen) Eignungspunkten erreichen, um nachzuweisen, dass sein Teilnahmeantrag den Anforderungen an die Eignung genügt. Erreicht der Bewerber insgesamt weniger als 2.500 Eignungspunkte, wird sein Teilnahmeantrag ausgeschlossen.

7

Unter B 3.12 wird die Darstellung zweier Referenzen (B-Kriterien) bezogen auf den Auftragsgegenstand verlangt. Hierfür konnte der Bewerber maximal 2.700 Eignungspunkte erhalten.

8

Vier Bewerber, darunter die Antragstellerin unter der Bezeichnung „XX AöR“, reichten fristgerecht bis 11.06.2018 Teilnahmeanträge ein.

9

Mit E-Mails vom 05.07.2018 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin und zwei weiteren Bewerbern mit, dass deren Bewerbung nicht berücksichtigt werden könne, da diese nicht die geforderte Mindestpunktzahl von 2.500 Eignungspunkten erreicht hätten. Die Eignung sei nicht in dem geforderten Maß nachgewiesen worden.

10

Nach Beurteilung der Antragsgegnerin erfüllten nur die beiden Referenzen einer Bewerberin die Anforderungen für die Vergabe von Eignungspunkten, die damit als einzige eine ausreichende Punktezahl bei der Eignungsprüfung erzielte und deshalb von der Vergabestelle mit Schreiben vom 06.07.2018 zur Abgabe eines Angebots bis 10.08.2018, 23:59 Uhr, aufgefordert wurde.

11

Mit E-Mail vom 12.07.2018 rügte die Antragstellerin unter der Bezeichnung „I. - AöR“ ihre Nichtberücksichtigung im weiteren Verfahren. Sie vertrat die Auffassung, dass ihre Referenzen nicht korrekt bewertet worden seien. Zudem seien die in Bezug genommenen Anforderungen an die Eignung und das Punktesystem nicht, wie erforderlich, in der Bekanntmachung oder durch einen direkten Link in dieser Bekanntmachung veröffentlicht worden.

12

Nachdem die Antragsgegnerin der Rüge nicht abgeholfen hatte, stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 02.08.2018 einen Nachprüfungsantrag mit dem Antrag, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Wertung der Teilnahmeanträge unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

Zur Begründung trug die Antragstellerin vor:

13

Der Antrag sei zulässig. Der Umstand, dass sie den Teilnahmeantrag unter ihrem früheren Namen eingereicht habe, stehe der Antragsbefugnis nicht entgegen, da sie lediglich einen neuen Namen erhalten habe und ihre Rechtspersönlichkeit unverändert geblieben sei.

14

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die in der Bewerbung genannten Referenzen 1 und 2 seien zu werten, da alle Voraussetzungen erfüllt seien.

15

Die Eignungskriterien seien in der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt oder durch einen direkten Link in dieser Bekanntmachung auf die Unterlagen nicht transparent gemacht worden. Der Auftraggeber habe gemäß § 122 Abs. 4 S. 2 GWB die Eignungskriterien und Unterlagen zum Beleg der Eignung grundsätzlich in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Es genüge für eine wirksame Bekanntgabe der Eignungsanforderungen nicht, wenn - wie vorliegend - lediglich auf die Startseite einer Vergabepattform verwiesen werde, wo Unterlagen für mehrere Vergabeverfahren gespeichert seien.

16

Da eine Eignungsvermutung für jedes Unternehmen bestehe, könne die Eignung der Antragstellerin nicht unter Verweis auf die nicht hinreichend bekanntgegebenen Mindestanforderungen abgelehnt werden. Das Vergabeverfahren müsse nicht aufgehoben werden, da die Antragsgegnerin nicht verpflichtet sei, Mindestanforderungen an die Eignung festzulegen und die Anzahl der Teilnehmer zu begrenzen. Es müsse lediglich die Wertung der Teilnahmeanträge wiederholt werden.

17

Die Antragsgegnerin wandte sich gegen den Antrag.

18

Sie meint, der Antrag sei schon unzulässig, jedenfalls aber habe sie eine vergaberechtskonforme Entscheidung getroffen.

19

Die Vergabekammer untersagte der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 04.10.2018, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen und hob das das Vergabeverfahren auf.

Zur Begründung führte die Vergabekammer aus:

20

Die Umfirmierung der Antragstellerin sei unschädlich. Die Antragstellerin sei mit der Rüge der nicht ordnungsgemäßen Bekanntmachung der Eignungskriterien auch nicht präkludiert. Der Verstoß sei für die Antragstellerin nicht erkennbar gewesen, da jedenfalls vor Veröffentlichung der Entscheidungen der Oberlandesgerichte Düsseldorf vom 11.07.2018, Verg 24/18 und München vom 27.07.2018, Verg 02/18 ein Bieter, auch wenn er selbst öffentlicher Auftraggeber sei, die Problematik nicht habe kennen müssen. Nach dem glaubhaften Vortrag der Antragstellerin sei sie erst nach dem 05.07.2018 durch ihren hinzugezogenen Verfahrensbevollmächtigten auf den Verstoß aufmerksam gemacht worden (§ 160 Abs. 3 Nr.1 GWB).

21

Der zulässige Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da die Antragsgegnerin die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise für die Eignungsnachweise nicht in der Bekanntmachung aufgeführt habe. Sie habe lediglich einen Link angegeben, der auf eine Internetseite mit mehreren Ausschreibungen der Antragsgegnerin geführt habe. Der mögliche Bewerber sei somit nicht unmittelbar durch Anklicken eines Links auf die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise geführt worden. Damit habe die Antragsgegnerin gegen § 122 Abs. 4 S. 2 GWB und § 48 Abs. 1 VgV verstoßen. Die bloße Verweisung in der Auftragsbekanntmachung auf die Vergabeunterlagen oder auf Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen sei unzulässig, ebenso wie ein Link, der auf eine Webseite mit mehreren Vergabeverfahren verweise oder auf die Vergabeunterlagen des konkreten Vergabeverfahrens als Ganzes. Der Vergabekammer sei bekannt, dass diese rechtlich zwingende Auffassung in der Praxis zu Schwierigkeiten führe, da in dem EU-Standardformular eine Zeichenbegrenzung vorgesehen sei und zudem derzeit einige Vergabeplattformen keine „Deep-Links“ auf Dokumente in den Vergabeunterlagen unterstützen. Diese praktischen Unzulänglichkeiten könnten jedoch an der bestehenden Rechtslage nichts ändern, sondern seien in Anpassung an die Rechtslage technisch zu lösen. Da die Eignungskriterien und die erforderlichen Nachweise nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht worden seien, sei der gesamte Teilnahmewettbewerb nicht durchführbar, so dass das Vergabeverfahren aufgehoben werden müsse. Abschließend äußerte die Vergabekammer Bedenken, dass die von der Antragsgegnerin gestellten Anforderungen an die Eignung bzw. an eine Wertung der Referenzen zu hoch sein könnten.

22

Ergänzend wird auf den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer vom 04.10.2018, zugestellt am 08.10.2018 Bezug genommen.

23

Die Antragsgegnerin legte mit Schriftsatz vom 22.10.2018 gegen diesen Beschluss form- und fristgerecht sofortige Beschwerde ein und beantragte, die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt zur Begründung vor:

24

Die sofortige Beschwerde sei begründet, da der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig und unbegründet sei.

25

Die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge der angeblichen unzureichenden Bekanntmachung der Eignungskriterien gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert, zumal sie sich an den Maßstäben eines öffentlichen Auftraggebers messen lassen müsse.

26

Abgesehen davon seien die für die Bewertung der Teilnahmeanträge aufgestellten Kriterien ordnungsgemäß veröffentlicht und damit dem gesamten potentiellen Bewerberkreis bekanntgegeben worden.

27

Durch die vorgenommene Verlinkung hätte das Dokument, das die Eignungskriterien umfasst habe, problemlos als eigenständige Dateien aufgerufen werden können. Diese Vorgehensweise entspreche auch

den unter der eVergabe zur Verfügung stehenden Möglichkeiten. Ein Deep-Link in das jeweilige Dokument sei in der eVergabePlattform nicht möglich und gesetzlich auch nicht gefordert.

28

Die aktuellen Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen würden nicht hinreichend berücksichtigen, dass die Vergabestellen gemäß Art. 1 der Durchführungsverordnung 2015/1986 EU verpflichtet seien, bei der Bekanntmachung das Formular in Anhang II dieser Verordnung zu verwenden. Das Formular ermögliche, durch Ankreuzen „pauschal“ auf die Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen zu verweisen. Wenn von dieser Verweisungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werde, sei es technisch nicht mehr möglich, weitere Eintragungen in den besagten Feldern vorzunehmen.

29

Der europäische Gesetzgeber selbst habe damit mittels einer dem nationalen Recht vorrangigen Verordnung geklärt, dass den Anforderungen von Art. 58 sowie des Teils C Anhang V der Richtlinie 2014/24/EU nachgekommen werden könne, indem in der Ausschreibung nur auf die Auftragsunterlagen verwiesen werde. Eine europäische Verordnung sei dem nationalen Recht vorrangig und es sei daher europarechtswidrig, die Bekanntgabe von Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung durch einen Verweis auf die Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen als vergaberechtlich unzulässig zu qualifizieren.

30

Nach nationalem Recht sei es (ebenfalls) zulässig, dass Eignungskriterien in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen bekanntgegeben würden. Dies ergebe sich aus §§ 29 Abs. 1, 41 Abs. 1 VgV. Es sei weiter zu berücksichtigen, dass gemäß § 37 Abs. 2 VgV für die Auftragsbekanntmachung zwingend die EU-Muster verwendet werden müssten. Diese Muster enthielten sowohl hinsichtlich der Eintragungsmöglichkeiten als auch des Zeichenumfangs Beschränkungen. Die Antragsgegnerin hätte wegen der Zeichenbeschränkung die Eignungsanforderungen nicht vollständig in das eNotices-Formular übertragen können.

31

Daraus folge, dass es in vielen Fällen schlicht technisch und damit faktisch nicht möglich sei, die Anforderungen an die Bekanntmachung der Eignungskriterien so zu erfüllen, wie die nationale Rechtsprechung, gestützt auf den Wortlaut von § 122 Abs. 4 GWB und § 48 Abs. 1 VgV, es fordere. Es werde Unmögliches verlangt.

32

Die vorliegende Verlinkung sei zudem ausreichend, da dieser Link es den Bietern ermögliche, einfach zu den geforderten Eignungskriterien zu gelangen. Die Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf und der Vergabekammer Südbayern, dass nur ein Deep-Link den Anforderungen gerecht werde, finde keinerlei Stütze im Gesetz.

33

Darüber hinaus werfe die Regelung der Verordnung zur Angabe der Eignungskriterien auch die Frage auf, wie Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU zu verstehen sei bzw. wie die Vorschriften § 122 Abs. 4 S. 2 GWB und § 48 Abs. 1 VgV richtlinienkonform auszulegen seien, sofern nicht der Vorrang der Durchführungsverordnung 2015/1986 EU beachtet werde.

34

Wenn der Senat den europarechtlichen Vorrang zur Bekanntgabe der Eignungskriterien nicht beachte und die Verweisungsmöglichkeit infrage stelle, müsse er die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorlegen.

35

Weiter sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet zurückzuweisen, weil die Antragstellerin, die die geforderte Mindestpunktzahl nicht erreicht habe, zu Recht als ungeeignet vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden sei. Bei den benannten Referenzen handele es sich nicht um SAPintegrierte Verfahren.

36

Die Antragstellerin beantragt die sofortige Beschwerde zurückzuweisen und trägt zur Begründung vor:

37

Die Vergabekammer habe mit zutreffender Begründung die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages festgestellt. Abgesehen davon sei der Fehler so gravierend, dass er von Amts wegen zu berücksichtigen sei.

38

Die Eignungskriterien seien nicht ordnungsgemäß bekanntgemacht worden. Der Auffassung der Antragsgegnerin, dass die Verlinkung auf Grund von § 41 VgV zulässig sei, sei nicht zu folgen.

39

Die europarechtlichen Vorgaben seien in ihrem Wortlaut ebenso eindeutig wie die nationalen Vorschriften. Danach seien die Anforderungen an die Eignung in der Bekanntmachung zu nennen.

40

Der Antragsgegnerin könne nicht gefolgt werden, dass die Durchführungsverordnung 2015/1986 EU in allen Teilen verbindlich sei und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gelte. Die Antragsgegnerin übersehe, dass die Durchführungsverordnung 2015/1986 EU der Kommission ein Rechtsakt gemäß Art. 291 AEUV sei, nicht jedoch eine Verordnung nach Art. 288 AEUV. Für Durchführungsrechtsakte gelte, dass diese mit dem Primärrecht und Sekundärrecht im Einklang stehen müssten. Ein Verstoß gegen den Basisrechtsakt führe zur Rechtswidrigkeit des Durchführungsrechtsaktes. Nach der geltenden Normenhierarchie gehe die Richtlinie der Durchführungsverordnung folglich vor. Die Richtlinie 2014/24 EU enthalte auch keine Öffnungsklausel, die es erlaube, die Vorgaben des Basisrechtsaktes zu ändern. Vielmehr bestätigten auch die Erwägungsgründe der Richtlinie gerade, dass die Vorgaben der Richtlinie nicht geändert werden können (und sollen). Dass das Standardformular 2 im Abschnitt III die Möglichkeit enthalte, die Textzeile Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen anzukreuzen sei daher unbeachtlich. Das Standardformular sei ein Hilfsmittel zur praktischen Umsetzung des Rechts, es könne aber das geltende Recht nicht ändern oder außer Kraft setzen.

41

Die Antragstellerin sei daher zu Unrecht vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen worden. Sie sei hinreichend geeignet.

B.

42

Die zulässige Beschwerde erwies sich als unbegründet.

43

Die Vergabekammer hat dem Nachprüfungsantrag zu Recht stattgegeben.

I.

44

Der Senat teil vollumfänglich die Beurteilung der Vergabekammer, dass die Antragstellerin mit ihrer Rüge, dass die Eignungskriterien nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sind, weder nach § 160 Absatz 3 Nr. 1 noch Nr. 2 oder Nr. 3 GWB präkludiert ist. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer verwiesen. Die Beschwerde vermag den überzeugenden Ausführungen der Vergabekammer keine stichhaltigen Aspekte entgegen zu halten. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Antragstellerin selbst in gewissem Umfang Beschaffungen als öffentliche Auftraggeberin vornimmt. Soweit die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang eine „Ungleichbehandlung“ zwischen Auftraggebern und Wettbewerbsteilnehmern kritisiert, ist festzustellen, dass dies durch die Struktur der Vergabevorschriften bedingt ist, die die Präklusion eines Vergabeverstoßes von dem Erkenntnishorizont des Bieters bzw. Bewerbers abhängig macht. Für den Ausgang eines Nachprüfungsverfahrens ist dagegen nicht relevant, ob ein öffentlicher Auftraggeber Fehler im Vergabeverfahren erkennen konnte oder musste.

II.

45

Die Antragsgegnerin hat die Eignungskriterien nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht.

46

Der Verweis auf die Auftragsunterlagen entspricht nicht den Anforderung nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1 VgV, wonach die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen sind (1.). Der Einwand der Antragsgegnerin, dass die nationale Regelung gegen höherrangiges europäisches Recht verstößt, greift nicht durch (2.).

47

1. Der Wortlaut des § 124 Abs. 4 S. 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1 VgV ist eindeutig. Danach sind die geforderten Eignungskriterien und/oder Nachweise bereits in der Auftragsbekanntmachung anzugeben.

48

a. Die Vorschrift des § 41 VgV enthält keinen abweichenden Regelungsinhalt. In der Vorschrift ist nur geregelt, dass die Vergabeunterlagen unter einer elektronischen Adresse, die in der Vergabebekanntmachung zu benennen ist, bereit zu stellen sind. Einen darüber hinausgehenden Regelungsinhalt besitzt diese Norm nicht, insbesondere wird nicht bestimmt, dass die Bekanntmachung bzw. die Benennung der Eignungskriterien und ihrer Nachweise durch eine Linksetzung auf die Vergabeunterlagen vorgenommen werden dürfen (so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 - Verg 24/18).

49

b. Sinn und Zweck der Regelung der § 124 Abs. 4 S. 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1 VgV ist, dass potentielle Bewerber/Bieter bereits aus der Auftragsbekanntmachung die in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht gestellten Anforderungen ersehen können, um anhand dieser Angaben zu entscheiden, ob sie sich an der Ausschreibung beteiligen können und wollen. Nur wenn diese Angaben frei zugänglich und transparent sind, können sie diesem Zweck der Auftragsbekanntmachung gerecht werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 - Verg 24/18).

50

c. Es kann vorliegend dahingestellt bleiben, ob eine Linksetzung dem Erfordernis „in der Auftragsbekanntmachung ..aufzuführen“ überhaupt gerecht werden kann. Es besteht für eine Verlinkung keine gesetzliche Grundlage, sondern es ist eine Frage der Auslegung und richterlichen Inhaltsbestimmung des § 122 Abs. 2 GWB, inwieweit dem Erfordernis der Bekanntgabe der Eignungskriterien durch eine Verlinkung unter Beachtung des gesetzlichen Wortlauts und des Zwecks der Regelung Rechnung getragen werden kann. Insoweit die Antragsgegnerin einwendet, für eine sogenannte Deep-Linksetzung fehle es an einer rechtlichen Grundlage, ist zu bemerken, dass der Gesetzgeber die Frage, ob eine Verlinkung für eine ordnungsgemäße Bekanntgabe der Eignungskriterien ausreicht, nicht geregelt hat und die Zulassung einer eines sogenannten Deep-Links eine Erweiterung der Möglichkeiten der Bekanntmachung durch die Rechtsprechung darstellt.

51

d. Mit der vorgenommenen Verlinkung hat die Antragsgegnerin die Anforderungen des § 122 Abs. 4 GWB an das „Aufführen“ der Eignungskriterien in der Bekanntmachung nicht ausreichend erfüllt (vgl. OLG Düsseldorf vom 11.07.2018, Verg 24/18, das schon einen Link auf die Vergabeunterlagen als Ganzes für ungenügend hält). Durch die vorgenommene Linksetzung der Antragsgegnerin kann nicht (einmal) direkt auf die Vergabeunterlagen zurückgegriffen werden, sondern mittels des angegebenen Links gelangt der Bewerber zunächst auf eine Vergabepattform in dem mehrere laufende Vergabeverfahren aus dem EDV Bereich aufgeführt sind. Der Bieter bzw. Bewerber muss dann zunächst das maßgebliche Vergabeverfahren finden (auch wenn dies im vorliegenden Fall keine größeren Schwierigkeiten bereitet haben dürfte, da nach Angaben der Antragsgegnerin nur ein weiteres Vergabeverfahren auf dieser Plattform zu dem damaligen Zeitpunkt eingestellt war), muss weiter die Vergabeunterlagen öffnen, aus den einzeln aufgeführten Vergabeunterlagen die Eignungskriterien suchen und kann dann die Unterlagen als ZIP-Datei herunterladen. Dies stellt einen umständlichen Weg dar, der weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der vorangegangenen Vorschriften entspricht. Eine derartige Linksetzung ist mit der Vorgabe „Aufführen der Kriterien in der Auftragsbekanntmachung“ nicht mehr vereinbar, auch ist eine schnelle Information durch diese gewählte Verlinkung der Antragsgegnerin nicht möglich.

52

2. Der Senat vermag der Auffassung der Antragsgegnerin nicht zu folgen, dass mit der Gestaltung des Formblattes in der Durchführungsverordnung 2015/1986 EU und der EDVmäßigen Umsetzung der europäische Gesetzgeber mittels einer dem nationalen Recht vorrangigen Verordnung geklärt habe, dass

den Anforderungen von Art. 58 V der Richtlinie 2014/24/EU sowie des Teils C Anhang 5 der Richtlinie auch dadurch nachgekommen werden könne, dass für die Eignungsanforderungen pauschal auf die Auftragsunterlagen (ggf. mit Angabe einer Internetadresse) verwiesen wird.

53

a. Die genannten nationalen Vorschriften beruhen auf einer Umsetzung des Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU. Danach sind die geforderten Eignungskriterien und Nachweise bereits in der Bekanntmachung anzugeben. Art. 49 der Richtlinie regelt, dass die Auftragsbekanntmachung die Informationen nach Anhang V Teil C enthalten und gemäß Artikel 51 veröffentlicht werden müssen. In dem Anhang sind die aufzuführenden Informationen benannt, so wird unter Ziffer 2 die Angabe einer e-Mail- oder Internet-Adresse gefordert, über die die Auftragsunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und unmittelbar abgerufen werden können. Unter Ziffer 11c wird eine Liste und Kurzbeschreibung der die persönliche Lage der Wirtschaftsteilnehmer betreffenden Kriterien, die zu ihrem Ausschluss führen können, sowie die Darstellung der Eignungskriterien, etwaige einzuhaltende Mindeststandards und die Angabe der Informationserfordernisse (Eigenerklärungen, Unterlagen) verlangt.

54

Auch wenn in Art. 2 Abs. 1 Nr. 13 der der Richtlinie 2014/24/EU unter Auftragsunterlagen auch die Bekanntmachung gezählt wird, bedeutet dies nicht, dass für die Bekanntmachung der Eignungskriterien die Angabe einer Internet- oder e-Mailadresse ausreicht, da insoweit für die die Eignungskriterien betreffenden Auftragsunterlagen durch Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU und Ziffer 11c des Anhangs eine spezielle Regelung getroffen worden ist.

55

b. Art. 51 der Richtlinie bestimmt, dass die Bekanntmachungen in Form von Standardformularen zu erfolgen haben und diese Standardformulare von der Kommission im Wege von Durchführungsrechtsakten festgelegt werden. Die Kommission hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht und mit Durchführungsverordnung vom 10.11.2015 (2015/1986 EU) u.a. gestützt auf die Richtlinie 2014/24/EU in Art. 7 als Anhang 2 ein Standardformular für die Auftragsbekanntmachung veröffentlicht. In den Erwägungsgründen der Verordnung heißt es in Ziffer 1, dass die Bekanntmachungen die Informationen enthalten müssen, die in den genannten Richtlinien festgelegt sind.

56

Das Standardformular 2 enthält unter III.1.2 bis 1.3 Felder für die Eintragung betreffend der wirtschaftlichen und finanziellen bzw. technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. In beiden Feldern heißt es „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“, wobei dem Text jeweils ein Kästchen vorangestellt ist, das ggf. mit einem Kreuz versehen werden kann. Die elektronische Umsetzung dieses Formblatts enthält nach den Angaben der Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung eine Zeichenbegrenzung, sie sperrt außerdem den Eintrag weiterer Angaben, wenn das Kästchen angekreuzt wurde. Eine Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien ist dann nicht mehr möglich.

57

c. Es ist zunächst festzustellen, dass das als Anhang zu der Durchführungsverordnung 2015/1986 EU beigefügte Formblatt keinen Hinweis dahingehend enthält, dass es eine Zeichenbeschränkung gibt, ebenso wenig, dass weitere Einträge bei Ankreuzen des entsprechenden Kästchens gesperrt sind. Die EDVtechnische Umsetzung des Formblatts ist eine verwaltungsinterne Angelegenheit, der keinerlei Rechtsqualität zukommt und die auch kein zulässiges Auslegungskriterium darstellen kann. Es verhält sich vielmehr umgekehrt, dass nämlich die EDVtechnische Umsetzung den vorgegebenen Normen entsprechen muss und - sofern die technische Umsetzung unzureichend ist - nicht die Rechtsnorm einen anderen Inhalt erhält, sondern die technische Umsetzung des Formblattes den rechtlichen Vorgaben der Norm angepasst werden muss.

58

d. Es kommt weiter hinzu, dass ausweislich der Erwägungen zu der Durchführungsverordnung der Verordnungsgeber keine inhaltlichen Änderungen der in der Richtlinie 2014/24/EU geforderten Informationsvorgaben herbeiführen wollte. Wie oben dargestellt, sind in der Bekanntmachung nach der Richtlinie eindeutig und zweifelsfrei die Eignungskriterien anzugeben. Nach Auffassung des Senates kann auch ein verpflichtendes Formblatt, das Bestandteil einer Durchführungsverordnung ist, ohne weitere Ausführungen in der Durchführungsverordnung oder in den Erwägungsgründen keine in der Richtlinie

getroffene Regelung abändern oder außer Kraft setzen, zumal, wenn, wie sich aus den Erwägungsgründen entnehmen lässt, der Verordnungsgeber keine abweichende Regelungen treffen wollte.

59

e. Die Antragstellerin hat weiter zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Durchführungsverordnung nicht über die Vorgaben des Basisrechtsaktes hinausgehen darf (wie auch den Erwägungsgründen 132 zu der Richtlinie 2014/24/EU entnommen werden kann) und darüber hinausgehende Regelungen nichtig sind bzw. ggf. für nichtig zu erklären sind.

60

f. Da der Senat hinsichtlich der streitgegenständlichen Problematik der Bekanntmachung von Eignungskriterien weder einen Widerspruch zwischen der Richtlinie und der Umsetzung in das nationale Recht zu erkennen vermag, noch im Verhältnis des Textes der Durchführungsverordnung zu den nationalen Vergabevorschriften, sieht er auch keinen Raum für eine Vorlage an den EuGH. Wie dargelegt hat eine rein technische Umsetzung eines Formblattes keine Rechtsqualität, die ein Vorabentscheidungsersuchen rechtfertigen könnte.

61

3. Die von der Antragsgegnerin dargestellten praktischen Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass durch die Programmierung beim Ausfüllen des elektronischen Formblattes eine Zeichenbegrenzung greift und durch Ankreuzen der Rubrik „... gemäß den Auftragsunterlagen“ weitere Eingaben gesperrt sind. Es ist daher nicht möglich, kumulativ die Eignungskriterien kurz zu beschreiben und im Übrigen durch Setzen des fraglichen Kreuzes auf die Auftragsunterlagen zu verweisen. Dazu ist anzumerken, dass nach der Richtlinie nur eine kurze Beschreibung der Eignungskriterien gefordert wird und es technisch zweifelsfrei möglich ist, in den Fließtext ergänzend eine Internetadresse oder ggfs. e-MailAdresse anzugeben und/oder auf weitere Unterlagen Bezug zu nehmen. Damit kann jedenfalls unter Nutzung der Rubrik „...kurze Beschreibung“ (wobei gerade keine minutiöse Darstellung der Eignungskriterien und Nachweise gefordert wird) und ggfs. eines Verweises auf die Auftragsunterlagen im Übrigen eine den Anforderung der § 122 Abs. 4 S.1 GWB und § 48 Abs. 1 VgV genügende Bekanntmachung vorgenommen werden.

62

4. Auch wird ein sogenannter Deep-Link für ausreichend gehalten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2018 - Verg 24/18). Soweit in der mündlichen Verhandlung über technische Schwierigkeiten bei der Einrichtung eines sog. Deep-Links diskutiert wurden, konnte sich der Senat jedenfalls nicht von der Unmöglichkeit der technischen Umsetzung eines solchen Links überzeugen. Hierauf kommt es jedoch nicht an, da eine kurze textliche Beschreibung der Kriterien nicht an technischen Problemen scheitern kann.

III.

63

Da die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung fehlen, sind die Eignungskriterien nicht wirksam aufgestellt. Der Ausschluss der Antragstellerin mangels Erfüllung der nicht wirksam bekanntgemachten Eignungskriterien war daher vergaberechtswidrig und hat die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.

64

Ob die Eignungskriterien sowie der Maßstab, den die Antragsgegnerin anwenden wollte, einer inhaltlichen vergaberechtlichen Prüfung standhalten würden (vgl. insoweit die geäußerten Bedenken der Vergabekammer) muss vor diesem Hintergrund ebenso wenig vertieft geprüft werden wie die Frage, ob die Bewertung der beiden Referenzen der Antragstellerin mit 0 Punkten korrekt war.

IV.

65

Das Vergabeverfahren ist bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Zustand vor Auftragsbekanntgabe zurückzusetzen.

66

1. Eine Zurückversetzung in das Stadium vor der Auftragsbekanntmachung ist dann geboten, wenn nur durch diese Maßnahme ein vergaberechtskonformes Verfahren sichergestellt werden kann (§ 168 Abs. 1 GWB).

67

Die Antragsgegnerin hat im streitgegenständlichen Verfahren die Auswahl der Teilnehmer unmittelbar mit der Eignungsprüfung verknüpft. Eine Auswahl findet zum einen nur unter denjenigen Teilnehmern statt, die eine Mindestpunktzahl bei der Eignungsprüfung erreichen, zum anderen kommen nur die drei (ggf. auch vier) Teilnehmer mit der besten Eignungsbewertung zum Zuge. Es ist vergaberechtlich zulässig und auch nicht unüblich, bei Teilnahmewettbewerben in dieser Weise ein „mehr an Eignung“ als Grundlage für die Auswahlentscheidung zu wählen. Da jedoch die Eignungskriterien - wie dargelegt - nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht wurden, lässt sich auch ein „mehr oder weniger an Eignung“ nicht vergaberechtskonform ermitteln. Eine Auswahl unter den zur Verhandlung zuzulassenden Bewerber ist ohne die wirksame Festlegung der Eignungskriterien, die die Basis der Auswahlentscheidung darstellt, im konkreten Fall nicht möglich, zumal es ursprünglich noch weitere Bewerber gab, denen die Vergabestelle mit vergleichbaren Erwägungen die Eignung abgesprochen hat. Das Verfahren kann deshalb - bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht - nicht lediglich in das Stadium vor Bewertung der Teilnahmeanträge zurückversetzt werden, um den Fehler zu beheben.

68

2. Der Senat hat den Tenor der Vergabekammer abgeändert, um klarzustellen, dass von der Rückversetzung nicht der interne Beschaffungsbeschluss und die externe Umsetzung betroffen sind (vgl. zum Beginn des Vergabeverfahrens OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012 - Verg 10/12).

C.

69

Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 78 Satz 1 GWB. Ergänzend wird auf den Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.