



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 73/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Abschlussprüfung des Jahresabschlusses 2019 sowie optional der Jahresabschlüsse 2020 und 2021 für [...]“ (ABI. EU [...], Vergabenummer [...]), hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die stellvertretende Vorsitzende Leitende Regierungsdirektorin Brauer, den hauptamtlichen Beisitzer Oberregierungsrat Dr. Schier und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Siegismund nach Lage der Akten am 4. Oktober 2019 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Eignungsprüfung zurückzusetzen und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) beabsichtigt die Vergabe der Abschlussprüfung des Jahresabschlusses 2019 sowie optional der Jahresabschlüsse 2020 und 2021 im Wege des offenen Verfahrens. Eine entsprechende europaweite Veröffentlichung erfolgte am [...] 2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (ABl. EU [...]).

1. Gemäß Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung stehen die Auftragsunterlagen unter dem dort angegebenen Link für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung.

In Bezug auf die „wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit“ wie auch die „technische und berufliche Leistungsfähigkeit“ heißt es unter Ziff. III.1.2 und III.1.3. der Auftragsbekanntmachung wörtlich:

„Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“.

Der Ziff. VI.3. sind u.a. folgende zusätzliche Angaben zu entnehmen:

„Die geforderten Nachweise und Eigenerklärungen gemäß Auftragsunterlagen sind mit dem Angebot vorzulegen [...] Die Unterlagen zum Vergabeverfahren können kostenfrei unter: [...] heruntergeladen werden. [...]“

In den Vergabeunterlagen befindet sich das Dokument *„VOL 4.1 Aufforderung zur Angebotsabgabe“*. Auf Blatt 2 dieses Dokuments am Ende heißt es u.a.:

„Die zum Nachweis der Eignung mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen sind in der als Anlage beigefügten ‚abschließenden Liste‘ aufgeführt.

Die erst auf Verlangen der Vergabestelle vorzulegenden Unterlagen/Nachweise sind in der als Anlage beigefügten ‚abschließenden Liste‘ entsprechend gekennzeichnet.

Der Auftraggeber behält sich die Nachforderung nicht eingereicherter Unterlagen/Nachweise vor.“

Auf der „Abschließende[n] Liste“ der mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen stand u.a.:

„Darstellung des zur Verfügung stehenden weiteren Prüfpersonals und Sicherstellung der Redundanz“.

Eine vergleichbare Anforderung befand sich auch in der Leistungsbeschreibung unter Punkt 16.

Interessierte Bieter konnten bis zum 22. Mai 2019 ein entsprechendes Angebot einreichen. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die Antragstellerin (ASt) gab ihr Angebot fristgerecht ab.

Zum Beleg der Eignung forderte die Ag die ASt mit Schreiben vom 9. Juli 2019 zur Aufklärung ihres Angebots bis zum 15. Juli 2019 auf. Die ASt reichte – ihrer Auffassung zufolge vollumfänglich – die entsprechenden Unterlagen mit Schreiben vom 11. Juli 2019 ein.

Am 20. August 2019 informierte die Ag die ASt gemäß § 134 GWB darüber, dass ihr Angebot in Ermangelung des Nachweises über ihre Leistungsfähigkeit nicht berücksichtigt werden solle. Die geforderte Redundanz der Wirtschaftsprüfer bei Krankheit, Urlaub oder anderweitigen Ausfällen habe in der Aufklärung nicht ausreichend nachgewiesen werden können.

Die ASt rügte ihren Ausschluss mit Schreiben vom 23. August 2019.

Am 28. August 2019 wies die Ag die Rüge zurück.

2. Daraufhin stellte die ASt mit Schreiben vom 4. September 2019, der Ag am selben Tage von der Vergabekammer übermittelt, einen Nachprüfungsantrag.

a) Zur Begründung führte die ASt aus, aus ihrer Sicht alle in den Ausschreibungsunterlagen angeforderten Nachweise vollumfänglich erbracht zu haben. Auch die mit Schreiben vom 9. Juli 2019 angeforderten Unterlagen habe sie ebenfalls vollständig eingereicht, wodurch sie ihrer Ansicht nach auch den Nachweis hinsichtlich der durch die Ag bemängelten Redundanz der Wirtschaftsprüfer erfolgreich geführt habe. Es bestehe folglich kein Raum für Zweifel an ihrer Leistungsfähigkeit.

Die ASt beantragt die Nachprüfung des Vergabeverfahrens und der Rechtmäßigkeit ihres Ausschlusses.

b) Mit Schriftsatz vom 9. September 2019 beantragte die Ag sinngemäß, den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, dass die ASt nicht in ihren Rechten verletzt sei, ihr kein Schaden entstanden sei und der Antrag daher zurückzuweisen sei.

Sie vertieft im Wesentlichen ihren Vortrag zur fehlenden Eignung der ASt.

- c) Am 16. September erteilte die Kammer unter vorläufiger Würdigung des Sachverhaltes einen rechtlichen Hinweis und brachte zum Ausdruck, dass die bloße Verweisung in der Auftragsbekanntmachung auf „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ keine ordnungsgemäße Bekanntmachung der Eignungskriterien im Sinne des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB darstellen dürfte, sodass ein Ausschluss des Angebots der ASt wegen angeblich mangelnder Eignung nicht tragfähig sei.

Hieraufhin trug die Ag mit Schriftsatz vom 17. September 2019 vor, dass die Bekanntgabe der Eignungskriterien aus ihrer Sicht transparent ausgestaltet sei, so dass die Eignungsanforderungen wirksam aufgestellt und die Nachweise wirksam gefordert worden seien. Die wirksame Bekanntmachung beruhe auf dem nach ihrer Auffassung zulässigen „Direktlink“, der unter Ziff. IV.3 gesetzt worden sei. Über diesen Direktlink gelange der Bieter auf die Seite mit den Angaben zum Vergabeverfahren und den Vergabeunterlagen und über die „Leistungsbeschreibung.pdf“ zur Leistungsbeschreibung und dort zu Pkt.16 – Nachweise der Bieter – wo im letzten Punkt unter anderem Folgendes aufgenommen sei: „Darstellung des zur Verfügung stehenden weiteren Prüfpersonals und Sicherstellung der Redundanz zum verantwortlichen Wirtschaftsprüfer“.

Die Ag meint, dieses Vorgehen genüge den Anforderungen an eine wirksame Bekanntmachung der Eignungsanforderungen, weil ein am Auftrag interessiertes Unternehmen durch bloßes Doppelklicken zu den Unterlagen gelange. Ihres Erachtens hätten im vorliegenden Vergabeverfahren auch alle Bieter Kenntnis von den Eignungskriterien und den vorzulegenden Unterlagen erlangt und entsprechende Nachweise eingereicht.

3. Die Verfahrensparteien haben sich mit einer Entscheidung nach Lage der Akten gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB jeweils mit Schreiben vom 9. September 2019 einverstanden erklärt.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Es handelt sich vorliegend insbesondere um einen Auftrag oberhalb der Schwellenwerte, der von einem dem Bund zuzurechnenden Auftraggeber vergeben wird. Die ASt hat ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren auch rechtzeitig gerügt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

a) Der Ausschluss des Angebots der ASt gemäß § 122 GWB i.V.m. § 46 VgV wegen Nichterfüllung der Mindestanforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit, namentlich wegen der angeblich unzureichend nachgewiesenen Redundanz der Wirtschaftsprüfer bei Ausfällen, ist nicht wirksam. Der Ausschluss des Angebots der ASt darf hierauf nicht gestützt werden. Es fehlt an einer ordnungsgemäßen Bekanntgabe der Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung im Sinne des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1 VgV (dazu unter aa.). Mit dem Vortrag, dass der unter Ziff. IV.3. abrufbare „Direktlink“ in der Bekanntmachung den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Bekanntmachung genüge, dringt die Ag nicht durch (dazu unter bb.).

aa. Gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB sind die Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen. Nach § 48 Abs. 1 VgV ist in der Auftragsbekanntmachung oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung neben den Eignungskriterien ferner anzugeben, mit welchen Unterlagen (Eigenerklärungen, Angaben, Bescheinigungen und sonstige Nachweise) Bewerber oder Bieter ihre Eignung gemäß den §§ 43 bis 47 VgV und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu belegen haben.

Die in der Auftragsbekanntmachung unter Ziff. III.1.2 zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und Ziff. III.1.3. zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit enthaltene Angabe „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ stellt vor diesem Hintergrund keine wirksame Anforderung bezüglich der Leistungsfähigkeit und den hierzu beizubringenden Nachweisen dar.

Sinn und Zweck der Regelung in § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1 VgV ist, dass potentielle Bewerber / Bieter bereits unmittelbar 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 (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 24/18 –, juris Rn. 55).

Die vorgenannten Vorschriften setzen die Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU um. Gemäß Art. 58 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU geben die öffentlichen Auftraggeber die zu erfüllenden Eignungskriterien, die in Form von Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit ausgedrückt werden können, zusammen mit den geeigneten Nachweisen in der Auftragsbekanntmachung und der Aufforderung zur Interessensbestätigung an. Muss der potentielle Bewerber / Bieter erst die gesamten Vergabeunterlagen sichten, um sich die Eignungsanforderungen und die zu erbringenden Nachweise zu erschließen, wird dies weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der vorgenannten Vorschriften gerecht. Insbesondere ausländischen Bietern, deren Mitarbeiter unter Umständen nur eingeschränkt der deutschen Sprache mächtig sind, ist es nicht zumutbar, umfangreiche Unterlagen durcharbeiten zu müssen, um zu erfahren, ob die Ausschreibung für sie in Frage kommt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 24/18 –, juris Rn. 56).

Der in der Auftragsbekanntmachung durch die Ag vorgenommene allgemeine Verweis auf „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ lässt nicht zu, dass in- oder ausländische Bewerber ohne Weiteres erkennen können, welche persönlichen und wirtschaftlichen Anforderungen sie erfüllen müssen, um erfolgreich an dem Vergabeverfahren teilnehmen zu können. Auch die entsprechenden Nachweise lassen sich mangels ausdrücklicher Angaben nicht erkennen. Daran ändert auch der Einwand der Ag nichts, dass alle Bieter im hiesigen Vergabeverfahren Kenntnis von den Eignungskriterien und den von ihnen vorzulegenden Unterlagen erlangt und entsprechende Nachweise eingereicht hätten. Voraussetzung für eine wirksame Bekanntmachung der Eignungskriterien nebst geeigneter Nachweise ist nach dem Wortlaut des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB bzw. § 48 Abs. 1 VgV das Aufführen dieser Anforderungen im Bekanntmachungstext – das heißt sie sind ausdrücklich und unmittelbar in der Auftragsbekanntmachung mitzuteilen, was im zugrundeliegenden Fall unterblieben ist. Folglich erfüllt der pauschale Verweis auf „Eignungskriterien gemäß Auftragsunterlagen“ nicht den mit der Vorschrift

verfolgten Zweck und ist damit unzulässig (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 24/18 –, juris Rn. 56; VK Bund, Beschluss vom 30. Juli 2018 – VK1-61/18 –, juris Rn. 59).

- bb. Der in der Auftragsbekanntmachung unter Ziff. VI.3. abrufbare Link, der einen gebührenfreien und direkten Zugang zu den Vergabeunterlagen ermöglicht, erfüllt – entgegen der Auffassung der Ag – die Anforderungen des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB an das „Aufführen“ der Eignungskriterien ebenso wenig. Ein in der Auftragsbekanntmachung enthaltener Link, mit dem gebührenfrei ein uneingeschränkter und vollständiger direkter Zugang zu den Auftragsunterlagen ermöglicht wurde, kann die Mitteilung der Eignungskriterien und der geforderten Nachweise in der Auftragsbekanntmachung nicht ersetzen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 24/18 –, juris Rn. 49).

Wie bereits ausgeführt, ist es nicht hinreichend, wenn ein potentieller Bewerber / Bieter über einen allgemeinen Link erst die gesamten Vergabeunterlagen sichten muss, um sich die Eignungsanforderungen und die zu erbringenden Nachweise zu erschließen. Ausreichend ist allenfalls ein Link unter Ziff. III.1.1, III.1.2 und/oder III.1.3 im Bekanntmachungstext, der unmittelbar zu einem Dokument führt, in dem die Eignungskriterien und Nachweise aufgeführt sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 24/18 –, juris Rn. 56 f.)

Über den im hiesigen Streitfall bereitgestellten Link gelangt ein Bieter auf die Seite der Vergabestelle mit den Angaben zum Vergabeverfahren und den Vergabeunterlagen. Über die Datei „Leistungsbeschreibung.pdf“ gelangt dieser weiter zur Leistungsbeschreibung und dort zu Punkt 16 „Nachweise der Bieter“. Die vorzulegenden Unterlagen, mit denen die Eignung zu belegen ist, ergeben sich wiederum aus der unter Dokumente aufgeführten Seite „Abschließende Liste“. Für eine Kenntnisnahme der Eignungskriterien und Nachweise muss ein Bieter folglich mehrere „Klicks“ durchlaufen und sich die entsprechenden Informationen selbst zusammensuchen. Die Verlinkung im zugrundeliegenden Fall kann damit nicht gewährleisten, dass in- und ausländische Unternehmen über den Link ohne Weiteres die geforderten Eignungskriterien und Nachweise erkennen können, um zu entscheiden, ob sie als potentiell geeigneter Bieter in Betracht kommen oder nicht.

Somit kann von einem „Direktlink“, mit dem ein am Auftrag interessiertes Unternehmen durch bloßes Klicken zu den Unterlagen gelangt, aus denen sich die Eignungsanforderungen ergeben sollen, wie es die Ag meint, nicht die Rede sein. Dies zeigt schon die völlige Übereinstimmung des unter Ziff. VI.3 enthaltenen Links mit dem Link unter Ziff. I.3. Letzterer entspricht dem allgemeinen Link, der gemäß § 41 Abs. 1 VgV ohnehin aufzuführen ist, da der öffentliche Auftraggeber nach dieser Vorschrift gehalten ist, in der Auftragsbekanntmachung eine elektronische Adresse anzugeben, unter der die Vergabeunterlagen unentgeltlich, uneingeschränkt, vollständig und direkt abgerufen werden können. Es handelt sich also um einen Link, durch den der Bieter zu den gesamten Vergabeunterlagen des Vergabeverfahrens gelangt. Der Link unter der streitgegenständlichen Ziff. VI.3 ist mit dem Link in Ziff. I.3. identisch. Ein Verweis auf die Vergabeunterlagen als Ganzes ist zur Bekanntmachung von Eignungskriterien jedoch unzulässig.

- b) Fehlen die erforderlichen Angaben in der Auftragsbekanntmachung, sind die Eignungsanforderungen nicht wirksam aufgestellt und die Nachweise nicht wirksam gefordert. Dies stellt einen schwerwiegenden Mangel dar, der in der Regel eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens erfordert.

Kann auf Eignungsanforderungen nicht verzichtet werden, ist eine neue Auftragsbekanntmachung zu veranlassen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 – Verg 24/18 –, juris Rn. 58).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Brauer

Dr. Schier