

Rechtssache C-54/21

**Zusammenfassung des Vorabentscheidungsersuchens gemäß Art. 98 Abs. 1
der Verfahrensordnung des Gerichtshofs**

Eingangsdatum:

29. Januar 2021

Vorlegendes Gericht:

Krajowa Izba Odwoławcza (Nationale Beschwerdekammer, Polen)

Datum der Vorlageentscheidung:

22. Dezember 2020

Beschwerdeführer:

ANTEA POLSKA S.A.

„Pectore-Eco“ sp. z o.o.

Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy

Beschwerdegegner:

Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie

Andere Verfahrensbeteiligte:

ARUP Polska sp. z o.o.

CDM Smith sp. z o.o.

Multiconsult Polska sp. z o.o.

ARCADIS sp. z o.o.

HYDROCONSULT sp. z o.o. Biuro Studiów i Badań
Hydrogeologicznych i Geofizycznych

Gegenstand des Ausgangsverfahrens

Beschwerde im Vergabeverfahren betreffend die „Erstellung von Entwürfen der II. Aktualisierung der Bewirtschaftungspläne für die Einzugsgebiete (II aPGW), einschließlich Methoden“, in Bezug auf Handlungen, die der Auftraggeber, das Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Staatliches Wasserwirtschaftsunternehmen Polnische Gewässer) im Laufe des betreffenden Verfahrens vorgenommen oder unterlassen hat.

Gegenstand und Rechtsgrundlage der Vorlage

Die gegenständliche Vorlage umfasst zwei Gruppen von Fragen – die erste bezieht sich auf den Umstand, dass Wirtschaftsteilnehmer sich Informationen als Geschäftsgeheimnisse vorbehalten, und die zweite bezieht sich auf die Festlegung von nichtpreislichen Kriterien für die Bewertung von Angeboten durch den Auftraggeber und die Art und Weise der Bewertung dieser Kriterien.

Das Vorabentscheidungsersuchen wurde gemäß Art. 267 AEUV vorgelegt.

Vorlagefragen

Frage 1.: Erlauben der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (im Folgenden: Richtlinie 2014/24/EU) niedergelegte Grundsatz der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Grundsatz der Transparenz eine Auslegung von Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie (EU) 2016/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung (im Folgenden: Richtlinie 2016/943), insbesondere der darin enthaltenen Wendungen „weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile ... allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind“ und „sind von kommerziellem Wert, weil sie geheim sind“ sowie des Hinweises, dass „ein öffentlicher Auftraggeber keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten und von diesen als vertraulich eingestuften Informationen weiter[gibt]“, die dazu führt, dass ein Wirtschaftsteilnehmer sich beliebige Informationen als Geschäftsgeheimnis vorbehalten kann, weil er diese Informationen nicht gegenüber mit ihm konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmern offenlegen will?

Frage 2.: Erlauben der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegte Grundsatz der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Grundsatz der Transparenz eine Auslegung von Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie

2016/943, die dazu führt, dass die Wirtschaftsteilnehmer, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, sich die in den Art. 59 und 60 und in Anhang XII der Richtlinie 2014/24/EU genannten Unterlagen ganz oder teilweise als Geschäftsgeheimnis vorbehalten können, insbesondere in Bezug auf den Nachweis ihrer Erfahrungen, Referenzen, die Liste der für die Ausführung des Auftrags vorgeschlagenen Personen und ihrer beruflichen Qualifikationen, die Bezeichnung und die Leistungsfähigkeit von Unternehmen, auf deren Leistungsfähigkeit sie sich berufen, oder von Subunternehmern, wenn diese Unterlagen erforderlich sind für den Nachweis der Erfüllung der Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren oder die Beurteilung nach den Kriterien für die Bewertung der Angebote oder um die Übereinstimmung des Angebots mit anderen in den Verfahrensunterlagen (Bekanntmachung, Verdingungsunterlagen) enthaltenen Anforderungen des Auftraggebers festzustellen?

Frage 3.: Erlauben es der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegte Grundsatz der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Grundsatz der Transparenz in Verbindung mit Art. 58 Abs. 1, Art. 63 Abs. 1 und Art. 67 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2014/24/EU, dass der öffentliche Auftraggeber eine Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers, dass er über die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten oder von sich aus erklärten personellen Kapazitäten oder Kapazitäten anderer Unternehmen, die er in Anspruch nehmen will, sowie Subunternehmer verfügt, was dem öffentlichen Auftraggeber vorschriftsgemäß nachzuweisen ist, und gleichzeitig eine Erklärung annimmt, dass bereits die Offenlegung von Daten dieser Personen oder Unternehmen (Namen, Bezeichnungen, Erfahrungen, Qualifikationen) gegenüber mit ihm konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmern ein „Abwerben“ durch diese Wirtschaftsteilnehmer zur Folge haben kann, weshalb eine Einstufung dieser Informationen als Geschäftsgeheimnis notwendig sei? Kann in Anbetracht des Vorstehenden eine solche unbeständige Verbindung zwischen dem Wirtschaftsteilnehmer und diesen Personen und Unternehmen als Nachweis für die Verfügbarkeit dieser Kapazitäten angesehen werden, und können dem Wirtschaftsteilnehmer insbesondere zusätzliche Punkte nach den Kriterien für die Bewertung der Angebote zuerkannt werden?

Frage 4.: Erlauben der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegte Grundsatz der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Grundsatz der Transparenz eine Auslegung von Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2016/943, die dazu führt, dass sich Wirtschaftsteilnehmer, die sich um einen öffentlichen Auftrag bewerben, Unterlagen, die zur Prüfung der Übereinstimmung des Angebots mit den Anforderungen des Auftraggebers gemäß den Verdingungsunterlagen (u. a. der Beschreibung des Auftragsgegenstands) oder zum Zweck der Bewertung des Angebots anhand der Kriterien für die Bewertung der Angebote erforderlich sind, als Geschäftsgeheimnis vorbehalten können, insbesondere wenn diese Unterlagen die Erfüllung von Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers betreffen, die sich aus den Verdingungsunterlagen, Rechtsvorschriften oder anderen allgemein oder den Betroffenen zugänglichen

Unterlagen ergeben, insbesondere wenn diese Bewertung nicht anhand objektiv vergleichbarer Schemas sowie messbarer und mathematisch oder physikalisch vergleichbarer Indikatoren, sondern nach eigener Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers erfolgt? Können demzufolge Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2016/943 dahin ausgelegt werden, dass eine von einem Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen seines Angebots abgegebene Erklärung, den Auftragsgegenstand nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers gemäß den Verdingungsunterlagen auszuführen, die vom öffentlichen Auftraggeber auf ihre Einhaltung hin überwacht und bewertet werden, als Geschäftsgeheimnis des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers angesehen werden kann, obwohl es dem Wirtschaftsteilnehmer obliegt, die Methoden zu wählen, mit denen das vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Ergebnis (der Auftragsgegenstand) erreicht werden soll?

Frage 5.: Erlauben der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegte Grundsatz der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Grundsatz der Transparenz in Verbindung mit Art. 67 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die Zuschlagskriterien nicht zur Folge haben dürfen, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird, sowie die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen ermöglichen müssen, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, es dem öffentlichen Auftraggeber, ein bestimmtes Kriterium für die Bewertung der Angebote festzulegen, insbesondere ein Kriterium, dass nach eigener Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers bewertet wird, obwohl bereits zum Zeitpunkt der Festlegung des Kriteriums bekannt ist, dass die Teile des Angebots, die sich auf dieses Kriterium beziehen, von den Wirtschaftsteilnehmern als Geschäftsgeheimnis eingestuft werden, ohne dass der öffentliche Auftraggeber dem widerspricht, mit der Folge, dass bei den miteinander konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmern, die nicht in der Lage sind, die Angebote der Mitbewerber zu prüfen und mit ihren eigenen Angeboten zu vergleichen, der Eindruck entstehen kann, dass der öffentliche Auftraggeber die Angebote nach gänzlich freiem Ermessen prüft und bewertet?

Frage 6.: Können der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU niedergelegte Grundsatz der gleichen und nichtdiskriminierenden Behandlung der Wirtschaftsteilnehmer sowie der Grundsatz der Transparenz in Verbindung mit Art. 67 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach die Zuschlagskriterien nicht zur Folge haben dürfen, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird, sowie die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen ermöglichen müssen, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, dahin ausgelegt werden, dass der öffentliche Auftraggeber danach berechtigt ist, ein Zuschlagskriterium wie im vorliegenden Fall die Kriterien „Arbeitskonzept“ und „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“ festzulegen?

Frage 7.: Ist Art. 1 Abs. 1 und 3 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 (im Folgenden: Nachprüfungsrichtlinie), wonach die Mitgliedstaaten den Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit, Entscheidungen von öffentlichen Auftraggebern wirksam nachprüfen zu lassen, gewährleisten und sicherstellen müssen, dass Nachprüfungsverfahren einer Person zur Verfügung stehen, die ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat und der durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, dahin auszulegen, dass die Feststellung der entscheidenden Stelle, dass die von den Wirtschaftsteilnehmern in einem bestimmten Verfahren vorbehaltenen Unterlagen nicht als Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind, so dass dem öffentlichen Auftraggeber aufzugeben ist, sie offenzulegen und konkurrierenden Wirtschaftsteilnehmern zur Verfügung zu stellen, dann, wenn eine solche Rechtsfolge nicht ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist, zur Folge hat, dass die entscheidende Stelle verpflichtet ist, eine Entscheidung mit einem Inhalt zu erlassen, der es dem betreffenden Wirtschaftsteilnehmer ermöglicht, in Bezug auf den Inhalt dieser Unterlagen, den er vorher nicht kannte, weshalb es ihm nicht möglich war, wirksam einen Rechtsbehelf in Anspruch zu nehmen, eine erneute Beschwerde gegen Handlungen einzulegen, gegen die er wegen des Ablaufs der dafür vorgesehenen Frist keine Beschwerde einlegen könnte, z. B. dadurch, dass die Prüfung und Bewertung von Angeboten, bei denen die fraglichen Unterlagen als Geschäftsgeheimnis vorbehalten werden, für nichtig erklärt wird?

Angeführte Vorschriften des Unionsrechts

Richtlinie 2014/24/EU: Art. 18 Abs. 1, Art. 21 Abs. 1, Art. 55 Abs. 2 und 3, Art. 56 Abs. 1 und 2, Art. 58 Abs. 4, Art. 59, Art. 60 Abs. 1, Art. 63 Abs. 1, Art. 67, Art. 71 Abs. 2.

Richtlinie 2016/943: Art. 2 Nr. 1.

Richtlinie 2007/66: Art. 1 Abs. 1 und 3.

Angeführte Vorschriften des nationalen Rechts

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Gesetz vom 29. Januar 2004 über das öffentliche Vergaberecht, im Folgenden: Gesetz über das öffentliche Vergaberecht, Dz. U. 2004, Nr. 19, Pos. 177)

Art. 7

Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren in einer Weise, die die Wahrung eines lautereren Wettbewerbs und die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer

gewährleistet, sowie gemäß den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz vorzubereiten und durchzuführen.

Art. 8

1. Das Vergabeverfahren ist öffentlich.
2. Der Auftraggeber kann den Zugang zu den mit dem Vergabeverfahren verbundenen Informationen nur in den im Gesetz bestimmten Fällen beschränken.
 - 2a. Der Auftraggeber kann in den Verdingungsunterlagen Anforderungen hinsichtlich der vertraulichen Behandlung der Informationen, die dem Wirtschaftsteilnehmer im Laufe des Verfahrens übermittelt wurden, bestimmen.
3. Informationen, die im Sinne der Vorschriften zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs als Geschäftsgeheimnis gelten, werden nicht offengelegt, sofern sich der Wirtschaftsteilnehmer spätestens am Ende der Angebotsabgabefrist oder der Frist für die Stellung der Anträge auf Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren vorbehalten hat, dass diese Informationen nicht offengelegt werden dürfen, und nachgewiesen hat, dass diese Informationen dem Geschäftsgeheimnis unterliegen. Die in Art. 86 Abs. 4 genannten Informationen darf sich der Wirtschaftsteilnehmer nicht vorbehalten. Diese Vorschrift wird auf den Wettbewerb entsprechend angewandt.

Art. 36b Abs. 1

Der Auftraggeber fordert von dem Wirtschaftsteilnehmer die Angabe der Auftragsteile, für die er eine Unterbeauftragung vorgesehen hat, sowie die Angabe der Subunternehmerfirmen.

Artikel 91

1. Der Auftraggeber wählt das günstigste Angebot auf der Grundlage der in den Verdingungsunterlagen bestimmten Kriterien zur Bewertung der Angebote aus.
2. Die Kriterien zur Bewertung der Angebote sind der Preis oder die Kosten oder der Preis oder die Kosten und andere auf den Auftragsgegenstand bezogene Kriterien, insbesondere:
 - 1) Qualität, darunter technische Parameter, ästhetische und funktionale Eigenschaften;
 - 2) soziale Aspekte, darunter berufliche und soziale Integration von Personen im Sinne von Art. 22 Abs. 2, Zugänglichkeit für Behinderte oder Berücksichtigung der Bedürfnisse der Benutzer;
 - 3) umweltbezogene Aspekte, darunter Energieeffizienz des Auftragsgegenstands;

- 4) innovationsbezogene Aspekte;
- 5) Organisation, berufliche Qualifikationen und Erfahrung der für die Ausführung des Auftrags bestimmten Personen, sofern sie einen maßgeblichen Einfluss auf die Qualität der Auftragsausführung haben können;
- 6) Nachverkaufsservice und technische Unterstützung, Lieferbedingungen, wie Liefertermin, Lieferart und Lieferzeit oder Ausführungszeit.

...

2d. Der Auftraggeber hat die Kriterien zur Bewertung der Angebote auf eine eindeutige und verständliche Art und Weise zu bestimmen, die die Überprüfung der von den Wirtschaftsteilnehmern gemachten Angaben ermöglicht.

Art. 96

1. Während der Führung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber ein Protokoll zu verfassen, das mindestens folgende Angaben enthält: ...

5) Vor- und Nachname oder Bezeichnung des Wirtschaftsteilnehmers, dessen Angebot als das günstigste den Zuschlag erhalten hat, sowie die Gründe für die Zuschlagserteilung für sein Angebot und, soweit bekannt, Angabe des Teils des Auftrags oder des Rahmenvertrags, mit dessen Ausführung der Wirtschaftsteilnehmer Dritte beauftragen will, und – soweit zu dem gegebenen Zeitpunkt bekannt – Vor- und Nachname oder Bezeichnung etwaiger Subunternehmer; ...

7) in entsprechenden Fällen die Ergebnisse der Überprüfung der Ausschlussgründe, der Beurteilung der Erfüllung der Teilnahmevoraussetzungen für das Verfahren oder der Auswahlkriterien, darunter:

a) Vor- und Nachname oder Bezeichnung der Wirtschaftsteilnehmer, die nicht auszuschließen sind, die die Erfüllung der Teilnahmevoraussetzungen für das Verfahren oder der Auswahlkriterien nachgewiesen haben, sowie die Gründe für die Auswahl dieser Wirtschaftsteilnehmer;

b) Vor- und Nachname oder Bezeichnung der Wirtschaftsteilnehmer, die auszuschließen sind, die die Erfüllung der Teilnahmevoraussetzungen für das Verfahren oder der Auswahlkriterien nicht nachgewiesen haben, sowie die Gründe dafür, dass diese Wirtschaftsteilnehmer nicht zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert wurden;

8) die Gründe für die Ablehnung von Angeboten; ...

2. Die Angebote, Sachverständigengutachten, Erklärungen, Informationen aus der in Art. 38 Abs. 3 genannten Versammlung, Mitteilungen, Anträge, andere Unterlagen und Informationen, die vom Auftraggeber und von den

Wirtschaftsteilnehmern vorgelegt werden, sowie der Vertrag über den öffentlichen Auftrag sind dem Protokoll als Anlagen beizufügen.

3. Das Protokoll samt Anlagen ist öffentlich. Die Anlagen zum Protokoll werden nach der Auswahl des günstigsten Angebots oder nach der Nichtigerklärung des Verfahrens zugänglich gemacht, wobei die Angebote ab dem Zeitpunkt ihrer Öffnung, die vorläufigen Angebote ab dem Tag der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten und die Anträge auf Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren ab dem Tag der Bekanntgabe der Ergebnisse der Bewertung der Erfüllung der Teilnahmebedingungen für das Verfahren zugänglich gemacht werden.

Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Gesetz vom 16. April 1993 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, im Folgenden: Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs, Dz. U. 2020, Pos. 1913)

Art. 11 Abs. 2

Als Geschäftsgeheimnis gelten technische, technologische oder Organisationsinformationen eines Unternehmens oder andere Informationen, die einen wirtschaftlichen Wert haben, die in ihrer Gesamtheit oder in ihrer genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile den Personen, die üblicherweise mit dieser Art von Informationen umgehen, nicht allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind, sofern die zur Nutzung dieser Informationen bzw. zur Verfügung über diese Informationen berechnigte Person unter Wahrung der gebotenen Sorgfalt Maßnahmen zur Wahrung ihrer Vertraulichkeit ergriffen hat.

Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Verordnung des Ministers für Entwicklung über die Art von Unterlagen, die der Auftraggeber von einem Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen eines Vergabeverfahrens verlangen kann, Dz. U. 2020, Pos. 1282)

§ 2 Abs. 4

Zum Nachweis dafür, dass ein Wirtschaftsteilnehmer die Bedingungen für die Teilnahme am Verfahren oder die Auswahlkriterien hinsichtlich der technischen oder beruflichen Leistungsfähigkeit erfüllt, kann der Auftraggeber die folgenden Unterlagen verlangen:

- 1) ...
- 2) ein Verzeichnis der Lieferungen oder Dienstleistungen, die in den letzten 3 Jahren vor Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten oder Anträgen auf Teilnahme am Verfahren bzw., wenn der Tätigkeitszeitraum kürzer ist, in dem entsprechenden Zeitraum erbracht wurden bzw., bei periodischen oder fortlaufenden Leistungen, noch erbracht werden, mit Angabe ihres Wertes, des

Gegenstands, der Daten der Ausführung und der Auftraggeber, für die die Lieferungen oder Dienstleistungen erbracht wurden, samt Nachweisen darüber, ob diese Lieferungen oder Dienstleistungen ordnungsgemäß ausgeführt wurden oder ausgeführt werden. Als entsprechende Nachweise gelten Referenzen oder andere Dokumente, die von der Stelle ausgestellt wurden, für die die Lieferungen oder Dienstleistungen erbracht wurden bzw., bei periodischen oder fortlaufenden Leistungen, erbracht werden, sowie, falls ein Wirtschaftsteilnehmer aus gerechtfertigten objektiven Gründen nicht in der Lage ist, solche Dokumente zu erhalten, eine Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers; bei noch andauernden periodischen oder fortlaufenden Leistungen sollten Referenzen oder andere Dokumente, die die ordnungsgemäße Ausführung bestätigen, nicht früher als 3 Monate vor Ablauf der Frist für die Einreichung von Angeboten oder Anträgen auf Teilnahme am Verfahren ausgestellt werden;

3) eine Liste der Werkzeuge, Betriebsmittel oder technischen Geräte, die dem Wirtschaftsteilnehmer für die Ausführung des öffentlichen Auftrags zur Verfügung stehen, zusammen mit Angaben dazu, auf welcher Grundlage ihm diese Mittel zur Verfügung stehen;

4) eine Beschreibung der technischen Einrichtungen und der organisatorischen und technischen Maßnahmen, die der Wirtschaftsteilnehmer zur Sicherung der Qualität einsetzt, sowie eine Beschreibung der Forschungs- und Entwicklungseinrichtungen, über die der Auftragnehmer verfügt oder die ihm zur Verfügung stehen werden;

5) eine Liste der Lieferkettenmanagementsysteme und der Lieferkettenverfolgungssysteme, die der Wirtschaftsteilnehmer für die Ausführung des öffentlichen Auftrags anwenden kann; ...

10) eine Liste der Personen, die der Wirtschaftsteilnehmer für die Ausführung des öffentlichen Auftrags benannt hat, insbesondere derjenigen, die für die Erbringung von Dienstleistungen, die Qualitätskontrolle oder die Leitung von Bauarbeiten verantwortlich sind, zusammen mit Angaben zu ihren beruflichen Qualifikationen, Berechtigungen und Erfahrungen und ihrer Ausbildung, die für die Ausführung des öffentlichen Auftrags erforderlich sind, sowie zum Umfang der von ihnen ausgeführten Tätigkeiten und dazu, auf welcher Grundlage ihm diese Personen zur Verfügung stehen.

Kurze Darstellung des Sachverhalts und des Verfahrens

- 1 Der Rechtsstreit in der vorliegenden Rechtssache betrifft ein vom Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie (Staatliches Wasserwirtschaftsunternehmen Polnische Gewässer) bekannt gegebenes Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags für die „Erstellung von Entwürfen der II. Aktualisierung der Bewirtschaftungspläne für die Einzugsgebiete (II aPGW), einschließlich Methoden“, das in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt wird. Die

Ausschreibung wurde im Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2019/S 245-603343 veröffentlicht.

- 2 Die Bewirtschaftungspläne für die Einzugsgebiete gehören zu den grundlegenden Planungsunterlagen, deren Erstellung und Aktualisierung durch die Bestimmungen der Wasserrahmenrichtlinie (Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik, ABl. 2000, L 327, S. 1) und der Ustawa z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (Gesetz vom 20. Juli 2017 über das Wasserrecht, Dz. U. 2018, Pos. 2268, mit Änderungen) vorgeschrieben ist. Diese Dokumente bilden die Grundlage für Entscheidungen, die den Zustand der Wasserressourcen und die Grundsätze ihrer Bewirtschaftung in der Zukunft prägen. Sie dienen der Koordinierung der Aktivitäten, die den Zustand der Gewässer und Ökosysteme, die Wasserressourcen, die Wassernutzung, die in das Wasser eingeleiteten oder in den Boden eingebrachten Stoffe, die sich negativ auf das Wasser auswirken können, den Hochwasserschutz und die Bekämpfung von Dürrefolgen betreffen. Der Auftrag betraf die periodische Aktualisierung dieser Pläne und sollte in vier Phasen realisiert werden: Phase I: Erstellung von Entwürfen der II aPGW einschließlich Methoden; Phase II: Öffentliche Konsultationen von Entwürfen der II aPGW und Durchführung einer strategischen Umweltverträglichkeitsprüfung; Phase III: Ausarbeitung von Entwürfen der Verordnungen über II aPGW; Phase IV: Vorbereitung des Berichts an die Europäische Kommission und Ausarbeitung von II-aPGW-Datenbanken.
- 3 Der Auftraggeber gab in den Verdingungsunterlagen an, welche Mindest Erfahrung ein Wirtschaftsteilnehmer, der sich um den Auftrag bewirbt, nachweisen muss, und definierte das für die Ausführung des Auftrags erforderliche Team, indem er die Mindest Erfahrung, Ausbildung und Qualifikationen der Teammitglieder angab. Der Auftraggeber erinnerte auch daran, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der sich auf die Ressourcen anderer Unternehmen stützt, nachweisen muss, dass er bei der Ausführung des Auftrags über die erforderlichen Ressourcen dieser Unternehmen verfügen wird, insbesondere durch Vorlage einer Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen, ihm die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Personen zur Verfügung zu stellen. Die Wirtschaftsteilnehmer wurden verpflichtet, die bei öffentlichen Vergabeverfahren als Standard geltenden Dokumente mit folgendem Inhalt vorzulegen: Einheitliche Europäische Eigenerklärung, Listen von ausgeführten Aufträgen samt Referenzen, Personen, die mit der Ausführung des Auftrags beauftragt sind, Unternehmen, die dem Wirtschaftsteilnehmer Ressourcen zur Verfügung stellen. Gemäß der in Art. 36b Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht aufgestellten Anforderung forderte der Auftraggeber die Wirtschaftsteilnehmer auf, anzugeben, ob sie den Auftrag unter Beteiligung von Subunternehmern ausführen würden, und die Firma (den Namen) des Subunternehmers und den Teil des Auftrags anzugeben, der an ihn vergeben werden solle. Im Ausschreibungsformular waren die Dokumente anzugeben, die aus freien und öffentlich zugänglichen

Datenbanken bezogen werden können (Bezeichnung des Dokuments und Adresse der Website).

- 4 In dem Verfahren wurden Angebote abgegeben von: 1. folgenden Wirtschaftsteilnehmern, die sich gemeinsam um die Vergabe des Auftrags bewarben: ANTEA POLSKA Spółka akcyjna (Aktiengesellschaft) mit Sitz in Katowice, „Pectore-Eco“ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Gesellschaft mit begrenzter Haftung) mit Sitz in Gliwice sowie Instytut Ochrony Środowiska – Państwowy Instytut Badawczy (Institut für Umweltschutz – Nationales Forschungsinstitut) mit Sitz in Warschau (im Folgenden: Beschwerdeführer); 2. der ARUP Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Gesellschaft mit begrenzter Haftung) mit Sitz in Warschau (im Folgenden: Arup); 3. der CDM Smith Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Gesellschaft mit begrenzter Haftung) mit Sitz in Warschau (im Folgenden: CDM); 4. folgenden Wirtschaftsteilnehmern, die sich gemeinsam um die Vergabe des Auftrags bewarben: Multiconsult Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością mit Sitz in Warschau, ARCADIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Gesellschaft mit begrenzter Haftung) mit Sitz in Warschau, HYDROCONSULT Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Biuro Studiów i Badań Hydrogeologicznych i Geofizycznych (Gesellschaft mit begrenzter Haftung, Büro für hydrogeologische und geophysikalische Studien und Forschung) mit Sitz in Warschau (im Folgenden: Multiconsult).
- 5 Die Angebote wurden nach den Zuschlagskriterien bewertet (zwei Qualitätskriterien – „Arbeitskonzept“, Gewichtung: 42, und „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“, Gewichtung: 18; Preiskriterium – Gewichtung: 40).
- 6 Nach dem Kriterium „Arbeitskonzept“ musste das Angebot die Ansätze zur Durchführung des Auftrags beschreiben:
 1. die methodische Vorgehensweise bei der Entwicklung eines Maßnahmenpakets (in Bezug auf die einzelnen Maßnahmen, Art und Weise: der Vornahme einer Bewertung der Effektivität und Machbarkeit zur Erreichung der Umweltziele der einzelnen Wasserkörper, der Vornahme einer Kosten-Wirksamkeits-Analyse, der Ermittlung, wie sich ihre Umsetzung auf die flussabwärts/flussaufwärts gelegenen Wasserkörper auswirkt, der Ermittlung der Umsetzungskosten und Finanzierungsquellen unter Berücksichtigung nationaler und europäischer Mittel, der Durchführung eines Klima-Checks der Programme, der Ermittlung der sozioökonomischen Auswirkungen der Umsetzung, der Priorisierung von Maßnahmen, der Bestimmung möglicher Synergien, die sich aus dem Vorhandensein anderer Planungsdokumente ergeben, der Bewertung, ob das vorgeschlagene Maßnahmenpaket für einen bestimmten Wasserkörper die Erreichung der Umweltziele ermöglicht, zusammen mit der Berücksichtigung der Umsetzung der für benachbarte Wasserkörper geplanten Maßnahmen);

2. die methodische Vorgehensweise zur Identifizierung der Maßnahmen, die sich auf die Erhaltung der morphologischen Kontinuität im Zusammenhang mit den geplanten Umweltzielen für den Wasserkörper beziehen, einschließlich der Art und Weise der Durchführung der Analyse/Bewertung der Funktionsfähigkeit der bestehenden Fischmigrationseinrichtungen (einschließlich eines methodischen Ansatzes zur Identifizierung der Strukturen (Bauten), die Hindernisse für die Migration darstellen, zur Bestimmung, ob die identifizierten Strukturen mit Einrichtungen ausgestattet sind, die die Fischmigration ermöglichen, zur Bewertung der Funktionsfähigkeit der bestehenden Einrichtungen im Zusammenhang mit der Erreichung der Umweltziele, zur Identifizierung von Maßnahmen in dieser Hinsicht);
 3. ein Konzept zur Ermittlung von Abweichungen von der Erreichung der Umweltziele zusammen mit einer Begründung;
 4. die Herangehensweise in Bezug auf die Darstellung der Lage von oberirdischen und unterirdischen Wasserkörpern auf einer Kartierungsbasis in einer Weise, die es ermöglicht, punktuelle Wassernutzungen zumindest in Bezug auf die in Nr. 28 Buchst. r der Phase IV der Beschreibung des Auftragsgegenstands genannten Orte zu lokalisieren.
- 7 Gemäß dem Kriterium „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“ sollte das Angebot zudem enthalten:
1. eine Beschreibung der potenziellen Risiken für die ordnungsgemäße Erfüllung der einzelnen Aufgaben in jeder Phase des Auftrags, der Möglichkeiten, ihnen vorzubeugen und zu begegnen, in Form eines Risikoregisters mit einer Einschätzung der potenziellen Wahrscheinlichkeit ihres Auftretens und der Höhe des Risikos,
 2. die Organisationsstruktur des Teams: Rollen, Umfang der Verantwortung in Verbindung mit den erklärten fachlichen Kompetenzen; Informationsfluss,
 3. Vorschläge für Mehrwerte, die nicht in der detaillierten Beschreibung des Auftragsgegenstands enthalten sind und die sich auf die Qualität und Ausführung des Auftragsgegenstands auswirken.
- 8 Die Bewertung der Unterkriterien innerhalb der Kriterien erfolgte anhand von Tabellen mit beschreibenden Bewertungen, denen eine bestimmte Punktzahl entsprach. Mit den beschreibenden Bewertungen wurde festgestellt, ob die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfüllt wurden, ob inhaltliche Fehler gemacht wurden, ob alle Elemente des Unterkriteriums beschrieben wurden, wie viele davon klar und vollständig beschrieben wurden, wie viele der für ein bestimmtes Unterkriterium vorgeschlagenen Lösungen optimal waren und ein hohes Maß an Qualität und Zuverlässigkeit der Arbeitsergebnisse garantierten und wie viele Mehrwerte in der Beschreibung enthalten waren, die in der detaillierten Beschreibung des Auftragsgegenstands nicht enthalten waren und sich auf die Qualität und Ausführung des Auftragsgegenstands auswirkten.

- 9 Die Angebote erhielten die folgenden Punktwertungen:
1. CDM – Preis (21 517 620 PLN): 33,61 Pkt., Arbeitskonzept: 29 Pkt., Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung: 12 Pkt., insgesamt: 74,61 Pkt. (günstigstes Angebot),
 2. Beschwerdeführer – Preis (18 081 000 PLN): 40 Pkt., Arbeitskonzept: 7 Pkt., Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung: 15 Pkt., insgesamt: 62 Pkt.,
 3. Multiconsult – Preis (20 662 770 PLN): 35 Pkt., Arbeitskonzept: 14 Pkt., Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung: 9 Pkt., insgesamt: 58 Pkt.,
 4. Arup – Preis (18 240 900 PLN): 39,65 Pkt., Arbeitskonzept: 9 Pkt., Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung: 6 Pkt., insgesamt: 54,65 Pkt.
- 10 Der Beschwerdeführer legte beim Prezes Krajowej Izby Odwoławczej (Präsident der Nationalen Beschwerdekammer) Beschwerde ein und beantragt, die Wahl des Angebots des Wirtschaftsteilnehmers CDM für nichtig zu erklären, die Angebote erneut zu prüfen und zu bewerten und die Dokumente und Informationen freizugeben und offenzulegen, die folgende Wirtschaftsteilnehmer sich als Geschäftsgeheimnisse vorbehalten haben: CDM, Multiconsult und Arup in Bezug auf die Kriterien „Arbeitskonzept“ und „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“, ferner die von CDM vorbehaltenen Unterlagen und Informationen (Leistungsverzeichnis, Personenverzeichnis, Referenzen, Nrn. 5. und 13. des Angebotsformulars), die Punktzahlen zu Gunsten des Beschwerdeführers und zu Lasten von CDM zu ändern, die sachliche Begründung für die Zahl der an CDM, Multiconsult und Arup vergebenen Punkte zur Verfügung zu stellen und das vom Beschwerdeführer eingereichte Angebot als das günstigste auszuwählen.
- 11 Arup, CDM und Multiconsult traten dem Beschwerdeverfahren auf Seiten des Auftraggebers bei.
- 12 Der Beschwerdeführer rügte Folgendes:
- Unterlassen der Offenlegung von Informationen, auf deren Grundlage Punkte für die Qualitätskriterien vergeben worden seien, und anderer Informationen, die sich CDM nicht wirksam als Geschäftsgeheimnis vorbehalten habe, was gegen Art. 7 Abs. 1 und 3 in Verbindung mit Art. 8 Abs. 1, 2 und 3 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht in Verbindung mit Art. 11 Abs. 2 des Gesetzes vom 16. April 1993 zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs verstoße;

- Unterlassen einer angemessenen Begründung in Bezug auf die Bewertung der Qualitätskriterien, was einen Verstoß gegen Art. 92 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht darstellt;
- Unterlassen einer Bewertung der vom Beschwerdeführer und von CDM eingereichten Angebote nach den Kriterien für die Bewertung der Angebote und Auswahl des von CDM eingereichten Angebots als das günstigste, obwohl nach den Kriterien für die Bewertung der Angebote das vom Beschwerdeführer eingereichte Angebot als das günstigste hätte ausgewählt werden müssen, was einen Verstoß gegen Art. 92 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht darstelle.

Wesentliche Argumente der Parteien des Ausgangsverfahrens

- 13 Zur Begründung trug der Beschwerdeführer – in Bezug auf die Rüge des Unterlassens der Offenlegung von Informationen, die sich CDM, Multiconsult und Arup nicht wirksam als Geschäftsgeheimnis vorbehalten hätten – vor, dass der Grundsatz der Offenheit öffentlicher Informationen eines der Grundprinzipien der Rechtsordnung der Republik Polen sei, das sich aus den Art. 54 und 61 der Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Verfassung der Republik Polen) und den Bestimmungen der Ustawa z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Gesetz vom 6. September 2001 über den Zugang zu öffentlichen Informationen, Dz. U. 2001, Nr. 112, Pos. 1198) ergebe. Die Möglichkeit, die Öffentlichkeit eines Vergabeverfahrens auszuschließen, dürfe nicht missbraucht oder weit gefasst werden, da der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens das übergeordnete Prinzip sei und Ausnahmen davon nicht so ausgelegt werden könnten, dass sie zu seiner Einschränkung führen würden. Diese Befugnis könne nicht lediglich zum Zweck des Spiels des Wettbewerbs zwischen Wirtschaftsteilnehmern, sondern müsse streng innerhalb der Grenzen der in Art. 11 Abs. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs vorgesehenen Definition angewandt werden. Gemäß Art. 96 Abs. 3 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht sei das Protokoll samt Anlagen öffentlich und allen Interessierten, unabhängig von ihrem rechtlichen oder tatsächlichen Interesse, zur Einsichtnahme zugänglich zu machen. Wirtschaftsteilnehmer, die sich um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags bewürben, hätten damit zu rechnen, dass ihre Angebote in der Regel öffentlich sein würden, und sich der Konsequenzen bewusst zu sein, die sich aus der Anwendung der in den Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge festgelegten Verfahren ergäben.
- 14 Die von den Wirtschaftsteilnehmern CDM, Multiconsult und Arup eingereichten Begründungen dafür, dass das Geschäftsgeheimnis zum Tragen komme, seien lakonisch und beschränkten sich im Prinzip darauf, die Rechtsprechung zu zitieren. Aus Art. 8 Abs. 3 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht gehe klar hervor, dass man sich nur Informationen, die ein Geheimnis darstellten, als Geschäftsgeheimnis vorbehalten könne, nicht aber ein Dokument, in dem solche

Informationen teilweise enthalten sein könnten. Jedoch hätten sich die Wirtschaftsteilnehmer CDA, Multiconsult und Arup ganze Dokumentensätze als Geschäftsgeheimnis vorbehalten, ohne die Rechtmäßigkeit eines solchen Vorgehens ordnungsgemäß nachzuweisen. Der Auftraggeber hätte detailliert prüfen müssen, ob und inwieweit der Vorbehalt als Geschäftsgeheimnis wirksam gewesen sei, zumal die fraglichen Unterlagen einen unmittelbaren Einfluss auf die Bewertung der Angebote hätten und insgesamt bis zu 60 % der Kriterien für die Angebotsbewertung ausmachten. Stattdessen habe er die Erklärungen der Wirtschaftsteilnehmer unkritisch akzeptiert, was es für den Beschwerdeführer schwierig mache, sich zur Rechtmäßigkeit der Vergabe einer bestimmten Anzahl von Punkten an diese Wirtschaftsteilnehmer zu äußern. Ein solches Vorgehen verstoße unmittelbar gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit des Vergabeverfahrens.

- 15 In Bezug auf die einzelnen von den Mitbewerbern vorbehaltenen Dokumente und Informationen trug der Beschwerdeführer vor, dass der betreffende Mitbewerber diese Art von Informationen in der Vergangenheit in Verfahren, in denen er sich um Auftragsvergabe beworben habe, offengelegt habe; dass Dokumente vorbehalten worden seien, die auf Websites veröffentlicht worden seien; dass es sich bei den Aufträgen aus der vorbehaltenen Liste um Dienstleistungen für öffentliche Auftraggeber handle, die verpflichtet seien, das Gesetz über das öffentliche Vergaberecht anzuwenden, und es sich daher um öffentliche Informationen handle; dass der betreffende Wirtschaftsteilnehmer keine angemessenen Schritte zur Wahrung der Vertraulichkeit unternommen habe, obwohl er dies in einer dem Auftraggeber vorgelegten Erklärung angegeben habe.
- 16 Was die Rüge des Fehlens einer vollständigen Begründung der an die Wirtschaftsteilnehmer CDM, Multiconsult und Arup vergebenen Punkte angeht, wies der Beschwerdeführer darauf hin, dass er sich wegen der fehlenden sachlichen Begründung der Entscheidung hinsichtlich der Anzahl der an die Wirtschaftsteilnehmer vergebenen Punkte nicht präzise zur vom Auftraggeber vorgenommenen Bewertung äußern können. Die lakonische Art der Begründung der Entscheidung des Auftraggebers, die den Wirtschaftsteilnehmern übermittelt worden sei, mache es schwierig, die Richtigkeit des Handelns des Auftraggebers zu kontrollieren und Rechtsbehelfe in Anspruch zu nehmen.
- 17 Der Auftraggeber betonte, dass das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers, einen Teil des Angebots geheim zu halten, als auf einer Stufe mit dem Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens stehend behandelt werden sollte. Der Unternehmer, der sich Informationen vorbehalte, habe sich zu bemühen, glaubhaft zu erklären, warum die vorbehaltenen Informationen den Schutz aufgrund des Geschäftsgeheimnisses verdienen, diesbezügliche Behauptungen seien glaubhaft zu machen, und die Argumentation müsse überzeugend, kohärent und logisch sein, unter Berücksichtigung der Art des Verfahrens und der vorbehaltenen Informationen. Dies sei von allen Wirtschaftsteilnehmern erfüllt worden.

- 18 Einer der beigetretenen Wirtschaftsteilnehmer machte geltend, dass die Richtlinie 2016/943 erlassen worden sei, um Informationen zu schützen, die die Währung der wissensbasierten Wirtschaft seien und einen Wettbewerbsvorteil verschafften. Diese Informationen würden von Unternehmen auf einer Stufe mit Patenten und anderen Arten von geistigem Eigentum gesehen. Aus dem 18. Erwägungsgrund dieser Richtlinie gehe eindeutig hervor, dass Behörden nicht von der Verpflichtung befreit seien, Informationen, die ihnen von Inhabern von Geschäftsgeheimnissen auch im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge übermittelt würden, geheim zu halten. Die Verpflichtung zur vertraulichen Behandlung ausgewählter Informationen, die der Wirtschaftsteilnehmer als Geschäftsgeheimnis eingestuft habe, folge aus Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU. Eine Ausnahme von der allgemeinen Regel der Öffentlichkeit des Vergabeverfahrens (Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht) sei die Regel des Schutzes von Informationen, die ein Geschäftsgeheimnis gemäß den Bestimmungen zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs darstellten (Art. 8 Abs. 3 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht). Die Definition des Geschäftsgeheimnisses sei in Art. 11 Abs. 2 des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs festgelegt. Der Grundsatz der Öffentlichkeit von Vergabeverfahren sei nicht absolut. Der Auftraggeber habe zu beurteilen, was rechtlich geschützte Informationen seien und was nicht, und je nach dieser Entscheidung weitere Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Die Maßnahmen des Auftraggebers dürften die Wirtschaftsteilnehmer nicht dem Risiko eines Schadens infolge der Offenlegung von Informationen aussetzen.
- 19 Was das Erfordernis, dass die Informationen einen wirtschaftlichen Wert haben müssten, als konstitutives Element des Geschäftsgeheimnisses betreffe, so seien nach Art. 39 TRIPS (Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums vom 15. April 1994, das einen Anhang zum Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation darstellt) Informationen geschützt, die einen wirtschaftlichen Wert hätten, weil sie geheim seien. Das bedeute, dass die fraglichen Informationen einen gewissen wirtschaftlichen Wert für den Wirtschaftsteilnehmer gerade deswegen haben müssten, weil sie geheim blieben.
- 20 Was die Geheimhaltung der nach den Qualitätskriterien zu beurteilenden Unterlagen betrifft, so ergibt sich aus den Argumenten des Auftraggebers und der dem Verfahren beigetretenen Wirtschaftsteilnehmer, dass es sich um Werke von Urhebern und eine Art geistiges Eigentum einzelner Wirtschaftsteilnehmer, ihr *Know-how*, handele. Sie stellten ein Werk im Sinne der Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Gesetz vom 4. Februar 1994 über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, Dz. U. 1994, Nr. 24, Pos. 83) dar, an dem der Wirtschaftsteilnehmer als Urheber das ausschließliche Nutzungs- und Verfügungsrecht in allen Bereichen der Verwertung habe, einschließlich des Rechts, die Art und Weise der Nutzung des Werkes zu überwachen, und des Rechts, über seine erste öffentliche Zugänglichmachung zu entscheiden. Die Offenlegung der fraglichen Dokumente könnte die Interessen der Wirtschaftsteilnehmer ernsthaft verletzen, da sie einen wirtschaftlichen Wert hätten und die Wirtschaftsteilnehmer die notwendigen Maßnahmen ergriffen

hätten, um sie nicht an die Öffentlichkeit gelangen zu lassen, wie z. B.: angemessene interne Verfahren; Vertraulichkeitsklauseln; Arbeitsvorschriften; Zugangskontrolle zum Gebäude; Sicherung der elektronischen Dokumente (Login und Passwort) und der physischen Dokumente (Schrank).

- 21 Der Auftraggeber erklärte, dass jedes der von den Wirtschaftsteilnehmern vorgelegten Konzepte für die Zwecke des jeweiligen Verfahrens erstellt worden sei und einzigartige Lösungen enthalte. Die darin enthaltenen Ideen seien jedoch nicht innovativ, denn der Auftraggeber erwarte keine Innovation, sondern die Erfüllung der in den Verdingungsunterlagen bestimmten Anforderungen, so dass die Lösungen auf das bestmögliche Ergebnis abzielten und korrekt seien. Die Offenlegung des Konzepts könne die Interessen des Autors verletzen, denn: ein anderer Wirtschaftsteilnehmer könne einen kürzeren Fertigstellungstermin oder einen niedrigeren Fertigstellungspreis vorschlagen; das Konzept könne verwendet werden, weil es sich nicht um eine einmalige Tätigkeit handle, da ein bestimmter Auftrag mit anderen Aufträgen zusammenhänge und Spezialisten oder Unternehmen sich um verschiedene Aufträge bewerben könnten; auf der Grundlage des Konzepts könne ein Mitbewerber einschätzen, wer an der Durchführung teilnehme, und die betreffende Person könne abgeworben werden.
- 22 Was die Geheimhaltung des Dienstleistungsverzeichnisses und der Referenzen betreffe, so stellten die im Dienstleistungsverzeichnis angegebenen Informationen Kenntnisse dar, die es den Mitbewerbern ermöglichen würden, Kenntnisse über viele Aspekte der Tätigkeit des Wirtschaftsteilnehmers zu erhalten (Rückverfolgung des Tätigkeitsprofils zu einem bestimmten Zeitpunkt, Arten der ausgeführten Aufträge, Empfänger von Dienstleistungen). Aus dem Leistungsverzeichnis gehe auch die Höhe der Einnahmen aus der Leistungserbringung hervor, was ebenfalls ein Geschäftsgeheimnis darstelle.
- 23 Was die Geheimhaltung der Personenliste betreffe, so enthalte sie Daten, die die Identifizierung von Personen ermöglichten. Dadurch könne dem Wirtschaftsteilnehmer ein Schaden entstehen, wenn Mitbewerber versuchten, diese Personen abzuwerben. Ebenso enthielten die Daten auf dem Angebotsformular Angaben zu Dritten, die Ressourcen zur Verfügung stellten, die einen kommerziellen Wert darstellten. Die Tätigkeit der Wirtschaftsteilnehmer bestehe hauptsächlich in der Erbringung von Beratungsdienstleistungen, und sie verfügten über keine anderen Vermögenswerte als das von ihren Mitarbeitern geschaffene geistige Eigentum. Die Spezifikation der betreffenden Dienstleistungen erfordere die Verfügbarkeit von hochqualifiziertem Personal und den Schutz der Informationen über die Personen, die die Aufträge ausführen sollten. Daten zum Personalpotenzial seien für die Wirtschaftsteilnehmer von wirtschaftlicher Bedeutung und bezögen sich auf die Funktionsweise des Unternehmens des Wirtschaftsteilnehmers, seine interne Struktur und die Organisation der Tätigkeit.
- 24 Aus dem in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Standpunkt des Auftraggebers ging zudem hervor, dass es in Verfahren üblich sei, dass solche

Studien geheim gehalten würden. Wirtschaftsteilnehmer verwendeten Musterbegründungen, um sich Informationen als geheim vorzubehalten. Die vom Auftraggeber angeforderten Unterlagen seien miteinander verbunden und könnten nicht getrennt werden.

- 25 Hinsichtlich der Rüge der fehlenden vollständigen Begründung der vergebenen Punkte macht der Auftraggeber geltend, dass er jedes der Themen, Unterkriterien und Kriterien in Übereinstimmung mit dem Verfahren und den Regeln, die in den Verdingungsunterlagen beschrieben seien, bewertet habe. Jedes Angebot sei im Detail analysiert worden und die Bewertung sei mit einer detaillierten Begründung versehen worden, die den Wirtschaftsteilnehmern am 12. März 2020 übersandt worden sei. Der Detaillierungsgrad der Begründungen für die Punktevergabe, die allen Wirtschaftsteilnehmern zur Verfügung gestellt worden seien, ermögliche es problemlos, die Richtigkeit der vergebenen Punktzahl zu überprüfen und zu berechnen, in wie vielen Fällen ein bestimmtes Thema als klar und vollständig beschrieben bewertet worden sei und wie viele erklärte Mehrwerte vom Auftraggeber als solche anerkannt worden seien. Voraussetzung für eine solche Überprüfung sei, dass man sich im Einzelnen mit den Grundsätzen der Angebotsbewertung vertraut mache und sie verstehe, was der Beschwerdeführer nicht getan habe, wie die Rügen und die Fehlinterpretation einzelner Teile der Begründung der Angebotsbewertung zeigten. Aus dem Vorbringen des Beschwerdeführers gehe hervor, dass er den Aufbau der Bewertung der einzelnen Kriterien und Unterkriterien nicht verstehe und auf dieser Grundlage in seiner Beschwerde fehlerhafte Thesen und Schlussfolgerungen formuliere, die angebliche Unregelmäßigkeiten des Auftraggebers oder dessen Befangenheit begründen sollten. Die Punktzahl für ein Unterkriterium sei von der Anzahl der Themen abhängig gewesen, die die festgelegten Anforderungen erfüllten: Optimierte Lösungen und Gewährleistung eines hohen Niveaus an Qualität und Zuverlässigkeit der Arbeitsergebnisse sowie Anzahl der Elemente, die über die Beschreibung des Auftragsgegenstands hinausgegangen und als positiv für die Qualität der Auftragsausführung angesehen worden seien. Darüber hinaus habe der Auftraggeber unter der Tabelle, in der die Bewertungsregeln festgelegt worden seien, präzisiert, dass mit der Formulierung „optimale Lösungen, die ein hohes Niveau an Qualität und Zuverlässigkeit der Arbeitsergebnisse gewährleisten“ gemeint sei, dass „der Wirtschaftsteilnehmer einen angemessenen Detaillierungsgrad bei den Analysen und/oder geeignete Werkzeuge anwendet und/oder die Quelldaten effektiv und inhaltlich überprüft und/oder wirksame Maßnahmen zur Gewährleistung der Vollständigkeit der Daten und Analysen ergreift“. Die oben genannten Grundsätze seien vom Bewertungsausschuss bei der Bewertung der einzelnen Angebote konsequent angewandt worden und hätten weder bei dem Beschwerdeführer noch bei anderen Wirtschaftsteilnehmern in der Phase des Ausschreibungsverfahrens zu Zweifeln geführt. Es habe keine Zweifel an der Art und Weise gegeben, wie der Auftraggeber die Angebote bewertet habe, denn es sei keine einzige Frage zu den Verdingungsunterlagen gestellt worden, und es habe auch keine diesbezüglichen Änderungsanträge gegeben. Der Auftraggeber halte sie daher für ordnungsgemäß formuliert.

Kurze Begründung der Vorlage

- 26 Der erste Fragenkomplex des Vorabentscheidungsersuchens betrifft den Vorbehalt von Informationen als Geschäftsgeheimnis durch Wirtschaftsteilnehmer.
- 27 Nach dem Urteil des Gerichtshofs vom 29. März 2012 in der Rechtssache C-599/10, SAG ELV Slovensko a.s., ist ein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet, verschiedene Bewerber gleich und fair zu behandeln, so dass am Ende des Verfahrens zur Auswahl der Angebote und im Hinblick auf das Ergebnis dieses Verfahrens bei Bewerbern nicht der Eindruck entstehen kann, dass der öffentliche Auftraggeber Bewerber ungerechtfertigt begünstigt oder benachteiligt hätte. Die Erzielung eines solchen Effekts steht in direktem Zusammenhang mit der Transparenz der Auftragsvergabe, die wiederum mit der Öffentlichkeit des Vergabeverfahrens für die Teilnehmer zusammenhängt. Die Öffentlichkeit des Verfahrens kann eingeschränkt werden, aber im innerstaatlichen Recht wurden keine derartigen Einschränkungen im Hinblick auf die in Art. 7 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht ausgedrückten Grundsätze, d. h. die des lautereren Wettbewerbes, der Gleichbehandlung und der Transparenz des Verfahrens, eingeführt. Ebenso dürfen die Regelungen von Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2016/943 nicht zu einer Nichteinhaltung der in Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Grundsätze führen.
- 28 In der polnischen Rechtsordnung haben die Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich vollen Zugang zu den Unterlagen des Vergabeverfahrens (Art. 96 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht). Das Fehlen oder die Einschränkung eines solchen Zugangs untergräbt das Vertrauen der Wirtschaftsteilnehmer in die Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber und damit das gesamte System der öffentlichen Auftragsvergabe, da es an Offenheit und der Möglichkeit fehlt, die Handlungen des Auftraggebers und der Mitbewerber zu überprüfen. Außerdem wird es dadurch den Wirtschaftsteilnehmern erschwert oder sogar unmöglich gemacht, Rechtsbehelfe wirksam in Anspruch zu nehmen.
- 29 Es ist gängige Praxis bei nationalen Vergabeverfahren, dass Wirtschaftsteilnehmer die Vergabeverfahren überwachen, sich über die Angebote ihrer Mitbewerber informieren und diese Angebote und die dem Auftraggeber übermittelten Informationen überprüfen. Dies zeigt sich in den bei der Kammer eingereichten Beschwerden, in denen Rügen der Nichtablehnung nicht ordnungsgemäßer Angebote und des Nichtausschlusses von Wirtschaftsteilnehmern, die nicht nachgewiesen hätten, dass sie die Voraussetzungen für die Teilnahme am Verfahren erfüllten, oder die dem Auftraggeber unwahre Angaben gemacht hätten, überwiegen. Die Wirtschaftsteilnehmer haben oft eine viel bessere Fachkenntnis des Ausschreibungsgegenstands und der Situation in der jeweiligen Branche als die Auftraggeber und nutzen auch gerne den Zugang zu öffentlichen Informationen, um die Angaben der Mitbewerber zu überprüfen, was oft zu einer Veränderung des Verfahrensergebnisses führt.

- 30 Um dem entgegenzuwirken, gibt es eine immer stärker werdende Praxis, im Verfahren vorgelegte Dokumente oder Teile davon als Geschäftsgeheimnis vorzubehalten. Dies gilt für die von den Auftraggebern angeforderten Unterlagen, die sich auf die Gründe für den Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern vom Verfahren, die Erfüllung der Bedingungen für die Teilnahme am Verfahren, die Übereinstimmung des Angebots mit den Anforderungen gemäß den Verdingungsunterlagen und die Kriterien für die Angebotsbewertung beziehen. Der Vorbehalt dieser Art von Dokumenten wird als Absicht verstanden, den Inhalt dieser Dokumente vor den Mitbewerbern zu verbergen, damit diese keine vom Auftraggeber selbst nicht bemerkten Gründe für den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers vom Verfahren oder für die Ablehnung des Angebots bemerken oder eventuell die Bewertung des Angebots nach den Bewertungskriterien anfechten.
- 31 Nach einem Beschluss des Sąd Najwyższy (Oberstes Gericht) aus dem Jahr 2005 führt der Vorbehalt von Informationen als Geschäftsgeheimnis, auch wenn sie nicht solcher Art sind, nicht zur Ablehnung des Angebots als mit dem Gesetz unvereinbar, sondern verpflichtet den Auftraggeber nur zur Überprüfung der Vorbehalte und zur Offenlegung der Informationen. Die Wirtschaftsteilnehmer haben daher nach und nach begonnen, sich immer mehr Informationen vorzubehalten, da dies für sie keine negativen Folgen hat. Der Vorbehalt von Informationen erfolgt auf funktionale Weise, d. h., Wirtschaftsteilnehmer behalten sich Informationen vor, wenn es für sie günstig ist, und legen dieselben Informationen auch offen, wenn es für sie vorteilhaft ist. Die Wirtschaftsteilnehmer behalten sich oft ganze Dokumente vor, und wenn sie während der mündlichen Verhandlung gefragt werden, welche konkreten Teile davon Geheimnisse enthalten und warum, sind sie nicht in der Lage zu antworten oder geben nur einzelne Daten oder kurze Ausschnitte an.
- 32 Die Auftraggeber scheuen sich einerseits aus Angst vor möglichem Ärger und Schadensersatz, vorbehaltene Dokumente offenzulegen, selbst wenn sie der Meinung sind, dass es sich nicht um Geschäftsgeheimnisse handelt. Andererseits ist dies für sie praktisch, denn auf diese Weise haben andere Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu diesen Dokumenten, was sie daran hindert, die Entscheidungen des Auftraggebers effektiv anzufechten, und die Anzahl von Beschwerden gegen Entscheidungen des Auftraggebers reduziert.
- 33 Ein Versuch, dem beschriebenen Problem entgegenzuwirken, war die Änderung von Art. 8 Abs. 3 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht im Jahr 2014, mit der die Verpflichtung für Wirtschaftsteilnehmer eingeführt wurde, nachzuweisen, dass die vorbehaltenen Informationen Geschäftsgeheimnisse darstellen.
- 34 In den letzten Jahren sind sowohl in der Richtlinie 2014/24/EU als auch in der Richtlinie 2016/943 Regelungen eingeführt worden, die zu einer zunehmenden Verunsicherung bei öffentlichen Auftraggebern und den entscheidenden Stellen führen können, welche Möglichkeiten Wirtschaftsteilnehmern tatsächlich

offenstehen, sich in Vergabeverfahren Informationen vorzubehalten. Diese Zweifel beziehen sich hauptsächlich auf die in diesen Richtlinien verwendeten Begriffe.

- 35 In Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU wurde nämlich darauf hingewiesen, dass der öffentliche Auftraggeber Informationen, die ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelt und von diesen als vertraulich eingestuft wurden, darunter u. a. technische und handelsbezogene Geschäftsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote, nicht weitergeben darf. In Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2016/943 wurde dann ein Geschäftsgeheimnis als Informationen definiert, die „weder in ihrer Gesamtheit noch in der genauen Anordnung und Zusammensetzung ihrer Bestandteile ... allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind“ und „von kommerziellem Wert [sind], weil sie geheim sind“. In diesen Bestimmungen wurde also die Tatsache hervorgehoben, dass sich der Unternehmer die Informationen als Geschäftsgeheimnisse vorbehalten hat, und nicht der Charakter der Informationen. Die Bestimmungen der Richtlinien unterstreichen auch weder die Verpflichtung des Wirtschaftsteilnehmers, nachzuweisen, dass eine bestimmte Information oder ein bestimmtes Dokument ein Geschäftsgeheimnis darstellt, noch die Verpflichtung des Auftraggebers, zu prüfen, ob ein Vorbehalt gerechtfertigt ist.
- 36 Die Wirtschaftsteilnehmer versuchen, den sehr allgemeinen Wortlaut der Richtlinienbestimmungen auszunutzen und sie – insbesondere Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2016/943 – dahin gehend auszulegen, dass sie sich jegliche Informationen oder Unterlagen vorbehalten können, die sie im Verfahren nicht gegenüber anderen Wirtschaftsteilnehmern offenlegen wollen. Dies kann jedes Dokument sein, das einmalig für ein Ausschreibungsverfahren erstellt wird, jedes wesentliche Element des Angebots. Für die Wirtschaftsteilnehmer ergibt sich der kommerzielle Wert dieser Informationen gerade aus der Tatsache, dass sie der Geheimhaltung unterliegen. Wäre dies nicht der Fall, könnten Mitbewerber nämlich Mängel in den Angeboten finden. Dies scheint jedoch nicht dem Zweck der mit Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU sowie der Richtlinie 2016/943 eingeführten Möglichkeit, Wirtschaftsteilnehmern einen Informationsschutz zu gewähren, zu entsprechen. Es entspricht auch nicht dem allgemeinen Verständnis von Handeln unter den Bedingungen eines lautereren Wettbewerbs.
- 37 In diesem Verfahren wird der Vorbehalt von zwei Arten von Unterlagen angefochten: derjenigen, die die persönliche Situation des ausgewählten Wirtschaftsteilnehmers in Bezug auf seine Erfahrung, seine Einrichtungen und sein Personal, das für die Ausführung des Auftrags vorgeschlagen wird, beschreiben, und derjenigen, die die Art und Weise der Ausführung des Auftrags beschreiben.
- 38 Hinsichtlich der Unterlagen, die die persönliche Situation des ausgewählten Wirtschaftsteilnehmers in Bezug auf seine Erfahrung, seine Einrichtungen und sein Personal, das für die Ausführung des Auftrags vorgeschlagen wird, beschreiben, verlangt der Auftraggeber offizielle und standardmäßige Dokumente

und Informationen, wie sie in den entsprechenden Vorschriften – in den Art. 59 und 60 und in Teil II des Anhangs XII der Richtlinie 2014/24/EU sowie im Gesetz über das öffentliche Vergaberecht und in der Verordnung über die Art von Unterlagen, die der Auftraggeber von einem Wirtschaftsteilnehmer im Rahmen eines Vergabeverfahrens verlangen kann – festgelegt sind.

- 39 In Anbetracht der Tatsache, dass der Unionsgesetzgeber konkrete Informationen angegeben hat, die den Auftraggebern erteilt werden müssen, lässt sich der Schluss ziehen, dass er davon ausgegangen ist, dass diese Informationen keine Geschäftsgeheimnisse darstellen. Der Umfang dieser Informationen wird durch die Anforderungen des Auftraggebers bestimmt, wobei dieser keine Details zum Vertrag, insbesondere finanzielle und andere sensible Daten, verlangt hat.
- 40 Was Informationen über erfolgreich abgeschlossene Projekte mit Referenzen von Empfängern sowie über spezifische Qualifikationen des Personals oder von wissenschaftlichen Mitarbeitern betrifft, so dienen solche Informationen manchmal als Werbung und werden auf Websites veröffentlicht, um zukünftige Kunden anzuziehen und Ansehen zu erlangen. Sie stellen daher ihrer Natur nach keine Geschäftsgeheimnisse dar.
- 41 Wenn Wirtschaftsteilnehmer angeben, dass der Grund für den Vorbehalt bestimmter Informationen die Möglichkeit der Gewinnung oder des „Abwerbens“ entweder von Personen ist, die für das Team zur Ausführung des Auftrags vorgeschlagen wurden, oder von Unternehmen, die ihre Ressourcen zur Verfügung stellen, bzw. von Subunternehmern, entstehen Zweifel an der tatsächlichen Beziehung zwischen dem Wirtschaftsteilnehmer und der von ihm angegebenen Person oder dem Unternehmen sowie an der tatsächlichen Möglichkeit, diese Person oder dieses Unternehmen und ihre Ressourcen zu nutzen. Der Wirtschaftsteilnehmer muss sich entscheiden, ob er sich tatsächlich darauf berufen kann, dass er über die angegebenen Mittel verfügt, die sich im Fall dieses Verfahrens nicht nur auf die Einhaltung der Mindestanforderungen des Auftraggebers, sondern auch auf die Kriterien für die Angebotsbewertung beziehen. Es geht um Personen, die im Rahmen eines bewerteten Kriteriums angegeben werden und für deren Teilnahme am Verfahren einem Angebot Zusatzpunkte verliehen werden.
- 42 In der Praxis hat die Kammer nicht festgestellt, dass das „Abwerben“ von Mitarbeitern oder Dritten/Subunternehmern ein echtes Problem auf dem öffentlichen Beschaffungsmarkt darstellt, und keine anderen Praktiken beobachtet, die sich nicht in den Grenzen des natürlichen Personalwechsels oder der Vertragsfreiheit zwischen Unternehmen bewegen würden. Angesehene Spezialisten in einer bestimmten Branche, vor allem bei einem hohen Spezialisierungsgrad, sind meist bekannt, und ein an einer Anstellung interessiertes Unternehmen ist in der Lage, sich an sie zu wenden. Ferner sind im Bereich Personalwesen spezialisierte Firmen tätig. Autoren von Studien verheimlichen ihre beruflichen Leistungen nicht, zeigen sie oft öffentlich, besonders wenn sie wissenschaftlich arbeiten. Im Übrigen wollen diese Personen,

wenn die Aufgabe aus beruflicher Sicht interessant und prestigeträchtig oder profitabel ist, sie ausführen, unabhängig davon, für welches Unternehmen sie arbeiten. Dies gilt auch für Subunternehmer. Es gibt kein Verbot, dass ein und dieselbe Person, ein und derselbe Subunternehmer oder ein und dasselbe Unternehmen, die, der oder das ihre oder seine Erfahrung zur Verfügung stellt, von mehr als einem Wirtschaftsteilnehmer angegeben wird, denn am Ende wird ohnehin nur ein Wirtschaftsteilnehmer den Zuschlag erhalten. Entscheidend ist daher vielmehr, welcher der Wirtschaftsteilnehmer den Zuschlag für den jeweiligen Auftrag erhält und welche Bedingungen er für die Zusammenarbeit vorschlägt. Wie aus der Richtlinie 2016/943 hervorgeht, sollte sie nicht in einer Weise ausgelegt werden, die die Niederlassungsfreiheit, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer oder die Mobilität der Arbeitnehmer einschränkt (Art. 1 Abs. 3 und 13. Erwägungsgrund).

- 43 Darüber hinaus können solche Daten, die im Angebot enthalten sind, Geschäftsgeheimnisse darstellen, aber vor der Angebotsabgabe, wenn Wirtschaftsteilnehmer auf der Suche nach Personal, Subunternehmern, Bereitstellern von Ressourcen usw. sind. Nach der Abgabe der Angebote und angesichts des Verbots, deren Inhalt zu ändern (Art. 87 Abs. 1 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht), ist die Kenntnis der Personen oder Stellen, mit denen der Mitbewerber zusammenarbeiten will, jedoch nutzlos. Die Nützlichkeit solcher Personen in der Zukunft hängt wiederum davon ab, ob sie die konkreten Anforderungen anderer Aufträge erfüllen.
- 44 Die zweite Art von Unterlagen, die sich Wirtschaftsteilnehmer vorbehalten, sind vom Auftraggeber geforderte Studien, die zur Bewertung der Angebote nach Qualitätskriterien dienen sollen, d. h. das „Arbeitskonzept“ und die „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“. In ihren Begründungen für die Vorbehalte der fraglichen Unterlagen haben die beigetretenen Wirtschaftsteilnehmer und der Auftraggeber vor allem auf die Tatsache verwiesen, dass es sich um eigene Studien der Autoren, also um Werke, die intellektuelle Werte darstellen, handele.
- 45 Die Kammer bezweifelt, dass die bloße Tatsache, dass ein bestimmter Teil eines Angebots als intellektueller Wert angesehen werden kann, gleichbedeutend damit ist, dass er unter das Geschäftsgeheimnis fallen kann. Ja, das könnte so sein, wenn er für den Eigengebrauch der Firma des Wirtschaftsteilnehmers entwickelt wurde. Ein Angebot wird aber anhand der Anforderungen gemäß den Verdingungsunterlagen vorbereitet, um als Grundlage für die Prüfung, ob es die in den Verdingungsunterlagen (Beschreibung des Auftragsgegenstands) festgelegten Anforderungen erfüllt, und als Grundlage für die Bewertung nach den Kriterien für die Angebotsbewertung zu dienen. Außer der Verwendung zu diesem Zweck ist es schwierig, einen anderweitigen Wert dieser Unterlagen aufzuzeigen. Auch die bloße Tatsache, dass es sich um ein geistiges Werk eines bestimmten Wirtschaftsteilnehmers handelt, bedeutet nicht, dass es ein Geheimnis darstellt, denn es ist ein Merkmal von Werken, dass sie unter Angabe des Urhebers veröffentlicht werden. Zudem wurde die Aussage des Auftraggebers, dass die

Studien keine innovativen Lösungen in der Branche und somit für Fachleute zugängliches Wissen enthielten, nicht bestritten. Somit wirft es Zweifel auf, ob die bloße Fähigkeit, einen Sachverhalt geschickt zu beschreiben, als Geschäftsgeheimnis angesehen werden kann.

- 46 Die Argumentation der Wirtschaftsteilnehmer bezüglich eines Wettbewerbsvorteils könnte in jedem Ausschreibungsverfahren angewandt werden. Die Annahme, dass es sich bei der bloßen Erstellung von Angeboten, die gleichzeitig die Anforderungen des Auftraggebers erfüllen und hohe Noten gemäß den Angebotsbewertungskriterien erhalten, um Know-how des Wirtschaftsteilnehmers handelt, das ein Geschäftsgeheimnis darstellt, würde dazu führen, dass sich Wirtschaftsteilnehmer jedes Detail ihres Angebots vorbehalten.
- 47 Gemäß dem 14. Erwägungsgrund der Richtlinie 2016/943 können Informationen als Geschäftsgeheimnisse angesehen werden, wenn sowohl ein legitimes Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht als auch die legitime Erwartung, dass diese Vertraulichkeit gewahrt wird. Solches Know-how oder solche Informationen sollten einen realen oder potenziellen Handelswert verkörpern. Demgegenüber enthalten die Standpunkte des Auftraggebers und der beigetretenen Wirtschaftsteilnehmer zu viele hypothetische Annahmen, die den angeführten Argumenten widersprechen, um keine Zweifel daran aufkommen zu lassen, ob die angegebenen Gründe für den Vorbehalt der Informationen tatsächlich gegeben sind und ob die vorbehaltenen Unterlagen einen realen Handelswert haben, wie im 14. Erwägungsgrund erwähnt. Demgegenüber gibt es jedoch einen konzertierten und starken Widerstand von Wirtschaftsteilnehmern gegen die Offenlegung von Informationen. Der Wortlaut der Bestimmungen der Richtlinie 2016/943 lässt Zweifel daran aufkommen, was in dieser Hinsicht erlaubt ist, und es gibt keine einheitliche und gefestigte Linie der Rechtsprechung zu der Möglichkeit, sich diese Art von Informationen als Geschäftsgeheimnis vorzubehalten. Daher ist es nach Ansicht der Kammer wichtig, dass der Gerichtshof die Frage beantwortet, ob die Erwartung der Wirtschaftsteilnehmer, dass die oben genannten Dokumente vom öffentlichen Auftraggeber nicht offengelegt werden, gerechtfertigt ist.
- 48 Der Vorbehalt bestimmter Informationen als Geschäftsgeheimnis hat auch zur Folge, dass andere Wirtschaftsteilnehmer in der Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen eingeschränkt und oft daran gehindert werden, wie aus den Rügen und Argumenten in dieser Beschwerde hervorgeht, in denen der Beschwerdeführer darauf hinweist, dass er aufgrund des fehlenden Zugangs zu den Informationen nicht in der Lage sei, eine umfassendere Begründung seiner Argumente vorzulegen.
- 49 Ein weiteres Problem bei der Inanspruchnahme von Rechtsbehelfen ist, dass sie nach der Nachprüfungsrichtlinie wie auch nach dem Gesetz über das öffentliche Vergaberecht sowohl zeitlich als auch sachlich begrenzt sind.
- 50 Was den zeitlichen Aspekt betrifft, so sind in Art. 182 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht Fristen geregelt, innerhalb deren eine Beschwerde gegen

Handlungen des Auftraggebers eingelegt werden kann. Im vorliegenden Fall kann eine Beschwerde nur innerhalb von 10 Tagen ab dem Datum der Übermittlung der Informationen über die Auswahl des günstigsten Angebots und des Ergebnisses der Prüfung und Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber eingelegt werden. Danach verliert der Wirtschaftsteilnehmer das Recht, eine Beschwerde einzulegen, und bezüglich dieser Frist kann keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt werden (eine solche Wiedereinsetzung in den vorigen Stand ist in keiner Vorschrift vorgesehen).

- 51 Der Beschwerdeführer hat gegen den Vorbehalt von Informationen in allen anderen Angeboten, auch wenn sie in der Rangfolge der Angebote nachrangig sind, Beschwerde eingelegt, da er diesen Vorbehalt zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr anfechten könnte, auch wenn sich die Rangfolge der Angebote ändern sollte. Er hat zudem Einwände gegen die Bewertung des Angebots von CDM erhoben, obwohl er die Grundlage für diese Bewertung nicht kannte.
- 52 Die sachliche Begrenzung der Beschwerdemöglichkeit liegt darin, dass die Kammer gemäß Art. 189 Abs. 2 Nrn. 4 und 5 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht die Beschwerde zurückweist, wenn sie feststellt, dass sich der Beschwerdeführer nur auf dieselben Umstände beruft, die Gegenstand einer Entscheidung der Kammer im Zusammenhang mit einer anderen Beschwerde waren, die in demselben Verfahren durch denselben Beschwerdeführer eingelegt worden ist, oder die Beschwerde Handlungen betrifft, die der Auftraggeber in Übereinstimmung mit dem Inhalt eines Urteils der Kammer oder eines Gerichts oder, bei Anerkennung der in der Beschwerde enthaltenen Rügen, in Übereinstimmung mit dem Beschwerdebegehren vorgenommen hat. Wenn also ein Wirtschaftsteilnehmer in seiner Beschwerde, wie in diesem Verfahren, mehrere Rügen erhebt und die Kammer feststellt, dass nur ein Teil davon begründet ist, z. B. in Bezug auf die Nichtoffenlegung von Unterlagen, nicht aber die Rügen bezüglich der Bewertung der Angebote, wäre der Auftraggeber nur zur Offenlegung der Unterlagen verpflichtet, und die Angebotsauswahl bliebe unverändert, so dass der Wirtschaftsteilnehmer das Angebot eines anderen Wirtschaftsteilnehmers nach Kenntnisnahme des gesamten Inhalts nicht mehr anfechten könnte.
- 53 Die Kammer fragt sich, ob dann, wenn sie feststellt, dass es sich bei den vorbehaltenen Unterlagen nicht um Geschäftsgeheimnisse handelt, was zu einer Anordnung an den Auftraggeber führt, diese Unterlagen offenzulegen, diese Feststellung dem Wirtschaftsteilnehmer die Möglichkeit gibt, in dem Umfang, der sich aus ihrem Inhalt ergibt, den der Wirtschaftsteilnehmer vorher nicht kannte, so dass er insoweit nicht wirksam einen Rechtsbehelf nutzen konnte, erneut eine Beschwerde einzulegen. Fraglich ist also, ob die Kammer, wenn sich diese Möglichkeit für den Wirtschaftsteilnehmer nicht unmittelbar aus dem Gesetz (seinem Inhalt oder seiner Auslegung) ergibt, in ihrer Entscheidung diese Möglichkeit für den Wirtschaftsteilnehmer zu eröffnen hat, indem sie z. B. nicht nur die Offenlegung der Unterlagen anordnet, sondern auch die Nichtigerklärung der Auswahl des günstigsten Angebots, was eine Anfechtung der erneuten

Angebotsauswahl ermöglichen würde. Oder ob sich eine solche Möglichkeit etwa unmittelbar aus den Bestimmungen der Nachprüfungsrichtlinie oder deren korrekter Auslegung ergibt.

- 54 Die zweite Gruppe von Fragen, die im Vorabentscheidungsersuchen gestellt werden, betrifft die Festlegung von nichtpreislichen Kriterien für die Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber und die Art und Weise der Bewertung dieser Kriterien. Die Art und Weise, wie die Angebote auf der Grundlage dieser Kriterien bewertet werden, mag in der Phase, in der die Wirtschaftsteilnehmer Kenntnis von der Beschreibung der Kriterien in den Verdingungsunterlagen erhalten haben, keinen Anlass zu Zweifeln gegeben haben, aber es können Mängel aufgetreten sein, als der Auftraggeber versucht hat, die Angebote auf der Grundlage dieser Kriterien tatsächlich zu bewerten.
- 55 Aus Art. 67 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU ergibt sich, dass die vom Auftraggeber festgelegten Zuschlagskriterien nicht zur Folge haben dürfen, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird. Sie müssen zudem die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Das bedeutet demnach, dass sie auch die Möglichkeit gewährleisten müssen, die Bewertung des Auftraggebers zu überprüfen. Die vom Auftraggeber formulierten nichtpreislichen Bewertungskriterien „Arbeitskonzept“ und „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“ lassen in dieser Hinsicht aus mehreren Gründen Zweifel aufkommen.
- 56 Erstens beruhen die fraglichen Kriterien nicht auf leicht vergleichbaren und objektiven, mathematisch oder physikalisch messbaren Daten, wie z. B. einzelnen Parametern, Effizienz, Festigkeit, Funktionalität usw., sondern auf einer individuellen Bewertung, die der Auftraggeber mit unbestimmten Begriffen beschreibt, wie: „unklar beschrieben“, „klar und vollständig beschrieben“, „einige Elemente wurden nicht beschrieben“, „die vorgeschlagenen Lösungen sind optimal und garantieren ein hohes Maß an Qualität und Zuverlässigkeit der Ergebnisse“ oder „garantieren kein hohes Maß an Qualität und Zuverlässigkeit der Ergebnisse“, „enthält Mehrwerte, die sich auf die Qualität und Realisierung des Gegenstands auswirken“.
- 57 Zweitens hängen die fraglichen Kriterien von der individuellen Überzeugung des Auftraggebers hinsichtlich der oben genannten Merkmale ab. Es ist nicht möglich, einen Sachverständigen mit der inhaltlichen Beurteilung der von den Wirtschaftsteilnehmern erstellten Studien zu beauftragen, da diese keine überprüfbaren Parameter enthalten.
- 58 Drittens ist auch zu prüfen, ob die Wirtschaftsteilnehmer tatsächlich die Möglichkeit hatten, ihre Angebote nach einer vorgegebenen Bewertungsmethode ordnungsgemäß vorzubereiten.

- 59 Viertens gab es keine Möglichkeit für die Wirtschaftsteilnehmer, sich mit den vom Auftraggeber bewerteten Unterlagen und ihrer vollständigen Bewertung vertraut zu machen, einschließlich der Möglichkeit, zu vergleichen, ob die Wirtschaftsteilnehmer für vergleichbare Vor- und Nachteile der Studien in vergleichbarer Weise bewertet wurden.
- 60 Fünftens gab es bei vielen Bewertungselementen keine Möglichkeit, in der Beschwerde konkrete Rügen zu formulieren, was der Beschwerdeführer nicht verschuldet hat, wodurch die Grundsätze der Nachprüfungsrichtlinie missachtet wurden. Wie in Art. 192 Abs. 7 des Gesetzes über das öffentliche Vergaberecht festgelegt, handelt die Kammer in Bezug auf die erhobenen Rügen und kann diesbezüglich nicht anstelle des Beschwerdeführers handeln. Der Beschwerdeführer wusste nicht, welche konkreten Rügen er in Bezug auf die Bewertung seines eigenen Angebots, geschweige denn des Angebots von CDM, zu formulieren hatte. Es stimmt zwar, dass der Auftraggeber sich bemüht und mehrere Dutzend Seiten an Begründungen für seine Bewertung erstellt hat, aber es ist offensichtlich, dass der Auftraggeber nicht die vollständige Begründung für die Bewertung zur Verfügung stellen kann, wenn die Studien selbst als geheim eingestuft wurden. Die Schlüsselinformationen wurden durch den Eintrag [GESCHÄFTSGEHEIMNIS] ersetzt.
- 61 Sechstens betrifft der Auftrag ein Ergebnis und nicht ein sorgfältiges Tätigwerden des Wirtschaftsteilnehmers, in dessen Rahmen er ein Werk herzustellen hat. Der Auftraggeber hat jedoch keine Studien in Form von z. B. Entwurfsmustern, sondern Beschreibungen, wie die Wirtschaftsteilnehmer arbeiten werden, verlangt. Daher lässt sich in Wirklichkeit schwer feststellen, wie die Umsetzung dieser bewerteten Studien in die endgültigen Projekte aussehen wird, und es ist zu befürchten, dass in Wirklichkeit die Fähigkeit zur Erstellung von dem Auftraggeber zusagenden Studien („Arbeitskonzept“ und „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“) bewertet wird und nicht die Qualität der in Auftrag gegebenen Dienstleistungen.
- 62 So hat der Auftraggeber in diesem Vergabeverfahren als Kriterien für die Angebotsbewertung den Preis (40 %) und als nichtpreisliche Kriterien das „Arbeitskonzept“ und die „Beschreibung der Art und Weise der Auftragsausführung“ mit einer Gesamtgewichtung von 60 % festgelegt. Diese Kriterien beruhen auf einer offenen Bewertung durch den Auftraggeber und nicht auf mathematisch oder physikalisch überprüfbaren Faktoren, wie Zahlen, Parametern, Funktionalität usw., wodurch die Überprüfung der Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber zumindest erheblich erschwert wird. Hinzu kommt, dass sich alle Wirtschaftsteilnehmer die fraglichen Studien als Geschäftsgeheimnis vorbehalten haben, was der Auftraggeber bei der Erarbeitung der Kriterien aufgrund des früheren Vorbehalts analoger Unterlagen erwartet hat oder hätte erwarten können, wodurch eine Überprüfung nicht nur der Bewertung der Angebote durch den Auftraggeber, sondern auch der Angebote selbst unmöglich wird. Im Ergebnis hat der Auftraggeber unter den eingereichten Angeboten das Angebot mit dem höchsten Preis ausgewählt, wobei der Preis das

einzig verfügbare und überprüfbare Kriterium war, während die anderen Kriterien, die für die Rangfolge der Angebote ausschlaggebend waren, schwer nachprüfbar sind.

ARBEITSDOKUMENT