

Auskunftsrecht und Auskunftspflicht bei Vergaben

Was darf ich wissen?

Haben Bietende bis zur Vergabe ein Recht darauf alles zu wissen? Nein. Muss eine Vergabestelle den Bietenden konkrete Gründe für die Ablehnung nennen? Ja! Können Bietende erfahren, wer bei einer Kommune die letzten 20 Jahre einen Auftrag erhalten hat und zu welchem Preis? Ja, aber erst nach Abschluss eines Vergabeverfahrens! Dann darf „jeder“ alles wissen!

Frage 1: Eine Auftraggeberin: Nach einem VgV-Verfahren habe ich die Mitteilung nach § 134 GWB verschickt. Ein Bieter fordert nun die Übersendung der Bewertungsmatrix mit allen Punkten bei allen Zuschlagskriterien aller Bieter, den vollständigen Bewertungsbericht der Bewertenden und den Preis. Er begründet dies mit § 62 VgV. Muss ich das alles liefern?

Frage 2: Eine Ingenieurin: Wir haben uns an einem VgV-Verfahren mit einer umfangreichen Bewerbung, einer aufwändigen Präsentation und einem spezifischen Angebot beteiligt und nun eine Absage in Form eines Formulars erhalten, wo nur angekreuzt ist, dass wir nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hätten. Kann ich mehr Informationen fordern?

Frage 3: Ein Ingenieur: Bei einem Vergabeverfahren unterhalb des EU-Schwellenwerts erhalte ich nur eine Absage ohne weitere Informationen. Habe ich ein Recht mehr zu erfahren und kann ich diese Nicht-Information rügen und so die Auftragserteilung verhindern?

Frage 4: Ein großer Auftraggeber: Ich möchte gerne mehr und bessere Bewerbungen bei Vergabeverfahren erhalten. Was darf ich den Bewerbern zu der Qualität ihrer Bewerbungen sagen, ohne angreifbar zu werden?

Frage 5: Ein Ingenieur: Ich versuche seit 20 Jahren einen Auftrag für eine Tragwerksplanung in meiner Heimatstadt zu bekommen. Immer erfahre ich, dass ein anderer den Auftrag erhalten hat, weil er wirtschaftlicher gewesen sei. Ich würde gerne wissen, an wen der Auftrag ging und zu welchem Preis. Kann ich das fordern?

Antwort 1: Welche Informationen der Bieter erhalten muss, ist in § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB¹ geregelt. Hier heißt es: *„Öffentliche Auftraggeber haben die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragschlusses unverzüglich in Textform zu informieren.“*

¹ "Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch

Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist.

Demnach muss die Auftraggeberin also folgende 3 Informationen liefern und das sind:

- Name des erfolgreichen Unternehmens
- Gründe der Nichtberücksichtigung und
- frühestmöglicher Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Auf Nachfrage hat die Auftraggeberin mitgeteilt, dass sie genau das mitgeteilt hätte, in der Art, dass sie zu den Gründen für die Nichtberücksichtigung die Ergebnisse des Bieters bei jedem Zuschlagskriterium mitgeteilt hätte und zudem noch die Gesamtpunktzahl des erfolgreichen Unternehmens. Damit hat die Auftraggeberin der in § 134 GWB geregelten Informationspflicht Genüge getan. Sinn und Zweck des § 134 GWB ist, dass der Bieter sich überlegen kann, ob er den beabsichtigten Zuschlag nachprüfen lassen möchte, und seine Erfolgsaussichten abschätzen kann. Dafür müssen lt. Gesetz diese Informationen genügen (siehe auch Antwort 2).

Anders verhält es sich mit den Unterrichtungspflichten nach § 62 VgV², auf den sich der Bieter bezieht. Die dort geregelten Pflichten greifen allerdings erst nach der Auftragserteilung und regeln in Abs. 1, dass der § 134 GWB zu beachten ist (was die Auftraggeberin getan hat) und dass ein Auftraggeber über die Zuschlagserteilung informieren muss. § 62 Abs. 2 VgV regelt, dass ein Auftraggeber „auf Verlangen“ unverzüglich, spätestens innerhalb von 15 Tagen, Bieter über die Gründe für die Ablehnung (§ 62 Abs. 2 Nr. 2 VgV) und

über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots und den Namen des erfolgreichen Bieters (§ 62 Abs. 2 Nr. 3 VgV) zu informieren hat. Diese Unterrichtungspflicht enthält also eine Informationspflicht mehr als § 134 GWB:

- die Information über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots.

Die Auftraggeberin sollte also dem Bieter mitteilen, dass sie sein Schreiben zudem als Antrag im Sinne des § 62 VgV verstehen würde und ihm unverzüglich nach Auftragserteilung zusätzlich zu den bisherigen Informationen auch noch mitteilen wird, dass der Zuschlag erteilt sei und dass sie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots nennen wird. Konkret könnte sie dann so informieren, dass sie dem anfragenden Bieter nun auch die Punkte des erfolgreichen Bieters bei allen Zuschlagskriterien nennt. Auf die Mitteilung anderer Informationen, wie z. B. die durch andere Bieter eingereichten Referenzen oder deren Preis, hat der Bieter bis dahin keinen Anspruch (siehe aber Antwort 5).

Antwort 2: Ja! Eine formularmäßige Antwort genügt weder dem § 134 GWB noch dem § 62 VgV³. Auch der Gesetzgeber hat seinen Willen in der zugehörigen BT-Ds. 16/11428 dahingehend klargestellt, dass eine „*aussagekräftige Begründung für die Nichtberücksichtigung*“ gegeben sein muss. Denn die nicht ausreichende Wirtschaftlichkeit ist eine allgemeine Aussage und kein Grund im Einzelfall. Gerade eine

² Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691) geändert worden ist.

³ KG, Beschluss vom 04.04.2002, KartVerg 5/02, wonach der Bieter zumindest ansatzweise nachvollziehen können muss, welche konkreten Erwägungen für die Vergabestelle bei der Nichtberücksichtigung ausschlaggebend waren.

Begründung im Einzelfall hat aber der EuGH⁴ als Auskunftspflicht für öffentliche Auftraggeber verlangt. Dabei hat der EuGH auch entschieden, was nicht verlangt werden kann, nämlich zum einen eine detaillierte Zusammenfassung, in der jedes Detail des nicht ausgewählten Angebots im Hinblick auf dessen Bewertung berücksichtigt wurde, und zum anderen eine detaillierte vergleichende Analyse des ausgewählten Angebots und des Angebots des abgelehnten Bieters⁵. Ebenso wenig sei der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, einem abgelehnten Bieter eine vollständige Kopie des Bewertungsberichts auszuhändigen⁶. Die Angabe, der unterlegene Bieter habe nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben, genügt allein nicht, da es sich hierbei nur um eine inhaltsleere Wiedergabe des Zuschlagskriteriums der Wirtschaftlichkeit handelt.⁷

Antwort 3: Anders als der Bereich des oberschwelligen Vergaberechts mit GWB und VgV ist das Vergaberecht unterhalb des Schwellenwertes uneinheitlich und in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich geregelt. Durch die Regelungen der UVgO⁸, die in den meisten Bundesländern eingeführt wurde, ergeben sich jedoch vereinheitlichte Regelungsstrukturen. So sieht § 46 UVgO die Möglichkeit einer Auskunftserteilung vor, mit welcher der Bieter – ähnlich wie in § 62 VgV – folgende Informationen fordern kann:

- Zuschlagserteilung

- wesentliche Gründe für die Ablehnung
- Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots
- Name des erfolgreichen Bieters.

Damit hat der Ingenieur jedenfalls einen Anspruch auf die Informationen, um seine Bewerbung und sein Angebot mit dem erfolgreichen Bieter vergleichen zu können.

Ergänzend haben verschiedene Bundesländer Regelungen für unter-schwellige Vergabeverfahren eingeführt, die teilweise weitere Informations- und Wartepflichten sowie Recht-schutzmöglichkeiten vorsehen. Für die Frage, welche Regelungen im konkreten Bundesland gelten, wenden sich Kammermit-glieder an die jeweilige Bau- oder Inge-nieurkammer.

Antwort 4: § 134 GWB, § 62 VgV und § 46 UVgO liefern Mindestanforderungen in Vergabeverfahren. Dem Auftraggeber steht es allerdings frei, über diese hinaus zu informieren. So könnte der Auftraggeber Bewerber und Bieter telefonisch kontaktieren und ihnen verbal ausführlich erläutern, wie und bei welchen Kriterien er sich in Zukunft besser darstellen kann. Er kann auch qualifizierte Vergabeberatende⁹ mit hinzuziehen, die, weil sie selbst z. B. Tragwerksplaner sind, besonders geeignet sind Tragwerksplanungsleistungen zu beschreiben und zu bewerten. Er könnte auch losgelöst von konkreten Vergabeverfahren Bewerber-Workshops veranstalten, bei denen er erläutert, was ihm

⁴EuGH, Urteil vom 03.05.2018 - Rs. C-376/16, Rdn. 59

⁵EuGH, a. a. O. Rdn. 57.

⁶EuGH, a. a. O. Rdn. 58.

⁷OLG Dresden, Beschluss vom 7. Mai 2010 – WVerg 0006/10

⁸Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der

EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) – Ausgabe 2017 –.

⁹Qualifizierte Vergabeberatende sind Ingenieure oder Ingenieurinnen, welche erfolgreich eine Zusatzausbildung im Vergaberecht abgeschlossen haben und auf einer Liste der Bundesingenieurkammer und der zugehörigen Länderkammern geführt sind.

bei einer Bewerbung wichtig ist. Davon hätten dann beide Seiten Vorteile, der Auftraggeber kann genauer darlegen, was ihm wichtig ist und die Bewerber und Bieter können ihre Bewerbungen und Angebote genau darauf einstellen. Der Fantasie sind also praktisch keine Grenzen gesetzt, solange es im Sinne von § 39 Abs. 6 VgV bei lauterem Wettbewerb bleibt und alle Beteiligten gleichbehandelt werden.

Antwort 5: Seit dem 01.01.2006 gilt in Deutschland ein Akteneinsichtsrecht für Behörden des Bundes¹⁰. Nach § 1 dieses Gesetzes hat „jeder“ gegenüber Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Das Gesetz hat den etwas sperrigen Namen „Informationsfreiheitsgesetz“ kurz IFG; nahezu übereinstimmende Gesetze oder Regelungen gibt es aktuell in fast allen Bundesländern. So ist bereits geklärt, dass das IFG dazu führt, dass es nach der Vergabe keine vergaberechtlichen Vertraulichkeitspflichten mehr gibt¹¹. Selbst § 5 Abs. 2 Satz 2 VgV, welcher regelt, dass Vergabeunterlagen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln sind, ist keine den Informationsanspruch potenziell einschränkende Regelung¹². So hat in Baden-Württemberg schon ein Tragwerksplaner vor einem Verwaltungsgericht¹³ erfolgreich erstritten, dass ihm von seiner Heimatgemeinde mitgeteilt werden muss, wer in den letzten 20 Jahren

welchen Planungsauftrag erhalten hat und zu welchem Preis. Eine Gemeinde kann sich lt. Gericht auch nicht mit einem unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand der Auskunft entziehen. Der Tragwerksplaner kann sich also mit Bezug auf das IFG seines Landes an seine Gemeinde wenden und um umfassende Information bitten. Für die Frage, welche Regelungen im konkreten Bundesland gelten, wenden sich Kammermitglieder an die jeweilige Bau- oder Ingenieurkammer.

Fazit:

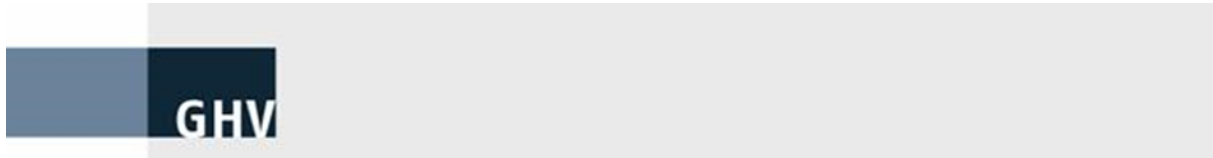
Die Auskunftspflichten sind oberhalb der EU-Schwellenwerte einheitlich geregelt und umfassen während des noch laufenden Vergabeverfahrens zunächst essenzielle Informationen, damit Bewerber und Bieter prüfen können, ob sie die Vergabe nachprüfen lassen wollen. Weitergehende Auskunftsrechte sind in der VgV und der UVgO so geregelt, dass Bewerbende oder Bietende zeitnah mit Vergabe erfahren, wie ihre Bewerbung und ihr Angebot im Vergleich zum Auftragnehmer abgeschnitten haben. Nach Abschluss des Vergabeverfahrens hat „jeder“ einen sehr umfassenden Auskunftsanspruch gegenüber Vergabestellen über das IFG des Bundes oder der Bundesländer. Die Geltendmachung dieser Ansprüche kann dabei helfen, die eigene Positionierung am Markt einzuschätzen und in Vergabeverfahren erfolgreichere Angebote abzugeben.

¹⁰ Informationsfreiheitsgesetz vom 5. September 2005 (BGBl. I S. 2722), das zuletzt durch Artikel 44 der Verordnung vom 19. Juni 2020 (BGBl. I S. 1328) geändert worden ist.

¹¹ Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg, Urteil vom 12. Juli 2018

¹² BVerwG, Beschluss vom 15.12.2020 - 10 C 24/19.

¹³ VG Karlsruhe, Urteil vom 13.08.2020 – 13 K 4994/19.



Autoren

Dipl.-Ing. Peter Kalte, öffentlich bestellter und vereidigter Honorarsachverständiger, zertifizierter Mediator, Beisitzer der Vergabekammern Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz, Geschäftsführer der GHV Gütestelle Honorar- und Vergaberecht e. V., www.ghv-guetestelle.de.

Dr. Alexander Petschulat, Justiziar, Beisitzer der Vergabekammer Westfalen, Leiter Rechtsreferat Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen, www.ikbaunrw.de.

Rechtsanwältin Davina Übelacker, Syndikusanwältin, Beisitzerin der Vergabekammer Baden-Württemberg, Geschäftsführerin Ingenieurkammer Baden-Württemberg, www.ingbw.de.