Peter Schönberger

[redacted]

Hamburg, den 28. April 2021

An den
Landesbetrieb Immobilienmanagement
und Grundvermögen
Millerntorplatz 1
20359 Hamburg

Vorab per E-Mail: hmbtg@lig.hamburg.de

Betr.: **Widerspruch** gegen den Bescheid vom 22. April 2021 zu meinem Antrag auf Informationszugang vom 23. März 2021

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben meinen Antrag auf Zugang zum Vergabevermerk mit der Begründung abgelehnt, Zugang könne nicht erteilt werden, da höherrangige bzw. speziellere Rechtsvorschriften dem entgegenstünden. Sie stützen sich dabei auf § 9 Abs. 1 des Hamburgischen Transparenzgesetzes und beziehen sich auf die Vertraulichkeitsgebote des Vergaberechts, konkret auf § 5 Abs. 2 der Vergabeverordnung.

Die Vergabeverordnung in der Fassung vom 12. April 2016 dient der Umsetzung der einschlägigen EU-Richtlinien in nationales Recht, insbesondere der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe[1].

Gemäß dieser Richtlinie haben Rechtsvorschriften betreffend den Zugang zu Informationen Vorrang vor vergaberechtlichen Bestimmungen, die einen Zugang zu als vertraulich eingestuften Informationen beschränken. Dies ergibt sich aus Artikel 21 (1) der Richtlinie, wo es heißt:

[1] https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024&from=DE

„(1) ***Sofern*** *in dieser Richtlinie oder* ***im nationalen Recht****, dem der öffentliche Auftraggeber unterliegt,* ***insbesondere in den Rechtsvorschriften betreffend den Zugang zu Informationen, nichts anderes vorgesehen ist****, und unbeschadet der Verpflichtungen zur Bekanntmachung vergebener Aufträge und der Unterrichtung der Bewerber und Bieter gemäß den Artikeln 50 und 55* ***gibt ein öffentlicher Auftraggeber keine ihm von den Wirtschaftsteilnehmern übermittelten und von diesen als vertraulich eingestuften Informationen weiter****, wozu insbesondere technische und handelsbezogene Geschäftsgeheimnisse sowie die vertraulichen Aspekte der Angebote selbst gehören."* (Hervorhebungen hinzugefügt)

Im Umkehrschluss heißt das: Von Wirtschaftsteilnehmern übermittelte und als vertraulich eingestufte Informationen können weitergegeben werden, wenn die Rechtsvorschriften betreffend den Zugang zu Informationen diese Möglichkeit vorsehen. Ferner ergibt sich aus dieser Bestimmung, dass bei Angeboten zwischen vertraulichen und nicht vertraulichen Aspekten zu unterscheiden ist, Angebote also nicht von vorneherein pauschal und in Gänze als vertraulich einzustufen sind.

In der Vergabeverordnung ist deren § 5 Abs. 1 erkennbar in enger Anlehnung an den Wortlaut der Richtlinie folgendermaßen formuliert:

„(1) ***Sofern in*** *dieser Verordnung oder* ***anderen Rechtsvorschriften nichts anderes bestimmt ist****, darf der öffentliche Auftraggeber keine von den Unternehmen übermittelten und von diesen als vertraulich gekennzeichneten Informationen weitergeben. Dazu gehören insbesondere Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und die vertraulichen Aspekte der Angebote einschließlich ihrer Anlagen."* (Hervorhebungen hinzugefügt)

Auch hier wird anderen Rechtsvorschriften, zu denen die Transparenz-Gesetze gehören, Vorrang vor den Bestimmungen der Vergabeverordnung eingeräumt.

Während § 5 Abs. 1 der Vergabeverordnung[2] sich erkennbar auf die erwähnte EU-Richtlinie stützt, hat § 5 Abs. 2 der Vergabeverordnung keine Entsprechung in der EU-Richtlinie, ist also anscheinend vom deutschen Gesetzgeber hinzugefügt worden, ohne dass es dafür eine Vorgabe in der EU-Richtlinie gäbe.

Solche Zusätze bei der Umsetzung von EU-Richtlinien sind dem nationalen Gesetzgeber natürlich erlaubt, allerdings nur, wenn sie nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen der EU-Richtlinie stehen.

Dies ist bei § 5 Abs. 2 der Vergabeverordnung zumindest teilweise der Fall, weil er so ausgelegt werden kann, dass Angebote einschließlich ihrer Anlagen auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens in Gänze vertraulich zu behandeln sind. Dies steht schon auf den ersten Blick erkennbar in einem logischen Widerspruch zu dem auf Artikel 21 (1) der Richtlinie gestützten § 5 Abs. 1, der auf der Annahme beruht, dass ein Angebot aus vertraulichen und nicht-vertraulichen Teilen besteht und dass auch der Zugang zu den vertraulichen Teilen möglich ist, wenn diese Möglichkeit in anderen Rechtsvorschriften vorgesehen ist.

Um Ihre Argumentation zu stützen, ziehen Sie den Kommentar Maatsch/Schnabel heran. Wie aus dem Vorwort zu dem Kommentar erkennbar ist, wurde dieser Kommentar im April 2015 abgeschlossen. Der Kommentar konnte also der von der EU angestoßenen Reform des

[2] Ebenso wie § 5 (3).

Vergaberechts, die in der Vergabeverordnung 2016 ihren Niederschlag gefunden hat, noch nicht Rechnung tragen. Insofern sind die entsprechenden Ausführungen in dem Kommentar inzwischen überholt.

Wie dargelegt, ist § 5 Abs. 2 der Vergabeverordnung nicht konform mit der EU-Vergaberichtlinie. Aber selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, dass § 5 Abs. 2 anwendbar sei, wären Vergabevermerke des öffentlichen Auftraggebers davon nicht erfasst.

Der zweite Satz von § 5 Abs. 2 enthält eine Aufzählung von Dokumenten, die auch nach Abschluss des Vergabeverfahrens vertraulich zu behandeln sein sollen. Vergabevermerke sind nicht Teil dieser Aufzählung.

Es mag sein, dass Vergabevermerke auch vertrauliche Informationen enthalten, die aus in § 5 Abs. 2 erwähnten Dokumenten stammen. Dies rechtfertigt aber keinesfalls, den Zugang zum Vergabevermerk in Gänze zu verweigern.

Ich bitte Sie daher, meinen Antrag nach den Regeln des Hamburgischen Transparenzgesetzes zu prüfen, das im vorliegenden Fall im vollen Umfang anwendbar ist und nicht durch die Vorschriften der Vergabeverordnung verdrängt wird.

Ich bitte darum, mir den Eingang meines Widerspruchs zu bestätigen.

Mit freundlichen Grüßen

[redacted]

Peter Schönberger