



## Vergabe öffentlicher Aufträge: Akteneinsicht und Informationsrechte für Bieter

von Rechtsanwältin Petra Symosek, Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht\*  
und Rechtsanwalt Marcus Oberstedt\*\*

### I. Worum geht es?

Wenn im Vergabeverfahren der öffentliche Auftraggeber einen Bieter ausschließen oder den Zuschlag an einen anderen Bieter erteilen will, ist es für den unterlegenen Bieter hochinteressant, in die Akten der Vergabestelle schauen zu können. Deshalb gehen wir der Frage auf den Grund, wann und wie man Einsicht in die Vergabeakten erhalten kann.

Gibt es Akteneinsichts- und Informationsrechte nach Abschluss des Vergabeverfahrens oder für laufende Verträge der Verwaltung? Auch dies kann für Anbieter von Leistungen interessant sein, um mehr über den Bedarf und die Auswahlkriterien der Verwaltung sowie über die Konkurrenz zu erfahren.

Auf den ersten Blick scheint die Rechtslage eindeutig: Ein Akteneinsichtsrecht gibt es im Vergaberecht nur innerhalb eines förmlichen Vergabenachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer oberhalb der EU-Schwellenwerte. Außerhalb des Vergaberechts gibt es jedoch mit den **Informationsfreiheitsgesetzen** auf Bundes- und Länderebene ein noch weitgehend unbekanntes Werkzeug, um Akteneinsicht und Informationen über öffentliche Aufträge zu erhalten.

### II. Akteneinsicht bei Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) gewährleistet den am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen gemäß § 97 Abs. 7 GWB Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Für die Durchsetzung ist ein besonderes Nachprüfungsverfahren vor den zuständigen Vergabekammern vorgesehen (§§ 102 und 104 GWB). Gemäß § 100 Abs. 1 GWB gilt dieses Nachprüfungsverfahren jedoch nur für Auftragsvergaben, welche die in § 2 der Vergabeverordnung (VgV) festgelegten Auftragswerte (Schwellenwerte)

erreichen oder überschreiten. Das Nachprüfungsverfahren wird auf Antrag des betroffenen Bieters eingeleitet (§ 107 Abs. 1, 3 GWB).

#### 1. Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren gem. § 111 GWB

Im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer erhalten die Beteiligten, zu denen natürlich auch der Antragsteller gehört, Akteneinsicht. Die Beteiligten können die Akten bei der Vergabekammer einsehen und sich durch die Geschäftsstelle auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen (§ 111 Abs. 1 GWB).

Das Akteneinsichtsrecht bezieht sich allerdings nur auf die entscheidungsrelevanten Aktenbestandteile, nämlich auf diejenigen Aktenbestandteile, die die gerügten Rechtsverstöße betreffen. Dies ergibt sich aus einer Abwägung des Rechtsschutzinteresses des ausgeschlossenen Bieters, dem Grundrecht auf rechtliches Gehör, dem Transparenzgebot und dem Geheimhaltungsinteresse des konkurrierenden Bieters, der Anspruch auf Schutz seiner Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse hat (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 10. November 2011, Verg W 13/11). Aus diesem Grund werden bei der Akteneinsicht nur maßgebliche Auszüge der Vergabeakte zur Verfügung gestellt, nicht aber die Angebote der anderen Bieter; ggf. geheimhaltungsbedürftige Angaben sind in den zur Verfügung gestellten Aktenauszügen „geschwärzt“, um sie unkenntlich zu machen.

Die Akteneinsicht ist auf diese Weise nur möglich, solange der Zuschlag nicht erteilt ist. Denn das Nachprüfungsverfahren ist mit dem Zuschlag „erledigt“ (§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB).





## **2. Akteneinsicht im Feststellungsverfahren gem. § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB**

Hat sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt, hat der übergangene Bieter noch eine weitere Möglichkeit, die Vergabeakten einzusehen: Er kann bei der Vergabekammer die Feststellung beantragen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat. Dann ist auch die Akteneinsicht nach § 111 GWB noch möglich, da durch die Fortsetzung im Feststellungsverfahren das Verfahren vor der Vergabekammer noch nicht beendet ist.

Voraussetzung für die Akteneinsicht ist aber, dass das Nachprüfungsverfahren in jedem Fall vor Zuschlagserteilung eingeleitet wurde. Ist dies nicht der Fall, ist kein Feststellungsverfahren nach § 114 Abs. 2 Satz 2 GWB und damit einhergehend auch keine Akteneinsicht mehr möglich.

## **3. Akteneinsicht bei Unwirksamkeit des Zuschlags gem. § 101 b GWB**

Ein Vergabenaachprüfungsverfahren kommt trotz Zuschlagserteilung allenfalls dann noch in Betracht, wenn der Zuschlag nach § 101 b GWB unwirksam ist. Denn ein wirksamer erteilter Zuschlag kann durch das Vergabenaachprüfungsverfahren nicht aufgehoben werden (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB).

Unwirksam ist der Zuschlag, wenn der öffentliche Auftraggeber ein Unternehmen ohne gesetzliche Grundlage unmittelbar beauftragt hat, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen oder wenn er seinen Informationspflichten gegenüber den Bewerbern (§ 101 a Abs. 1 GWB) nicht nachkommt.

Ist der Zuschlag unwirksam, kann noch ein Vergabenaachprüfungsverfahren angestrebt werden. Der Antrag ist dann aber innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Vergabeverstößes und nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss zu stellen; bei Veröffentlichung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der EU endet die Frist zur Geltendmachung der Unwirksamkeit 30 Kalendertage nach Veröffentlichung dieser Bekanntgabe über die Auftragsvergabe (§ 101 b Abs. 2 GWB). Wird ein Nachprüfungsverfahren wegen Unwirksamkeit des Zuschlags eingeleitet, ist Akteneinsicht zu gewähren.

## **4. Akteneinsicht im Rahmen einer Stufenklage gem. § 254 ZPO?**

Ohne Nachprüfungsverfahren existiert im Vergaberecht kein Akteneinsichtsrecht. Akteneinsicht ist allenfalls noch im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes, z.B. im Wege einer Schadensersatzklage denkbar (vgl. Willen-

bruch/Wieddekind, Vergaberecht-Kompaktkommentar, § 114 Rn. 9). Hierfür muss ein Zivilprozess (Klage) mit dem Ziel geführt werden, Schadensersatz wegen des entgangenen Auftrags durchzusetzen. Eine allgemeine Auskunftsklage, losgelöst von dem konkreten Schadensersatzprozess, ist demgegenüber nicht möglich. Nur die Stufenklage gem. § 254 ZPO ermöglicht es dem unterlegenen Bieter, im Zivilprozess zunächst die Erteilung der Akteneinsicht einzuklagen, um dann einen präzisen bestimmten Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Auf der ersten Stufe würde der Unternehmer die Akteneinsicht einklagen und auf der zweiten Stufe den bezifferten Schadensersatzanspruch.

Ein Akteneinsichtsrecht als erste Stufe der Stufenklage kann sich nach ständiger Rechtsprechung des BGH aus den Grundsätzen von Treu und Glauben gem. § 242 BGB ergeben. Der Auskunftsanspruch ist dann zuzubilligen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Anspruchsberechtigte in entschuldbarer Weise über das Bestehen oder den Umfang seines Rechts im Ungewissen ist, und wenn der Verpflichtete in der Lage ist, un schwer die zur Beseitigung dieser Ungewissheit erforderliche Auskunft zu erteilen.

Der Unternehmer muss hierzu allerdings darlegen, dass der Schadensersatzanspruch jedenfalls dem Grunde nach besteht. Dazu muss er die Vergabefehler darlegen und beweisen. Um einen Schadensersatzanspruch geltend machen zu können, müsste der ausgeschlossene Bieter außerdem das Gericht davon überzeugen, dass ihm in einem ordnungsgemäß durchgeführten Vergabeverfahren der Zuschlag hätte erteilt werden müssen. Der zivilrechtliche Anspruch auf Akteneinsicht kann bei der Stufenklage somit erst dann durchgesetzt werden, wenn bereits feststeht, dass der Ausschluss des Bieters vergaberechtswidrig war. Um die hierfür erforderlichen Informationen überhaupt erst zu ermitteln, ist der Zivilprozess kaum geeignet.

## **III. Akteneinsicht bei Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte**

### **1. Keine Akteneinsicht nach Vergaberecht/GWB**

Der Primärrechtsschutz nach dem GWB (Vergabenaachprüfungsverfahren) ist vom Gesetzgeber ganz bewusst nur für die Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte geschaffen worden. Unterhalb der Schwellenwerte gibt es kein Vergabenaachprüfungsverfahren und damit auch kein Akteneinsichtsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass dies mit dem Justizgewährungsanspruch (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz) und dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1



Grundgesetz) vereinbar ist (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 13. Juni 2006, 1 BvR 1160/03).

## 2. Einstweilige Verfügung vor dem Zivilgericht?

Natürlich müssen öffentliche Aufträge auch unterhalb der Schwellenwerte in einem transparenten und fairen Verfahren vergeben werden. Bei Verstößen ist heute anerkannt, dass Unterlassungsansprüche der Bieter auch unterhalb der Schwellenwerte bestehen. Diese können grundsätzlich vor den Zivilgerichten (Landgericht) durchgesetzt werden. Zur effektiven Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs kommt insbes. der Erlass einer einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) in Betracht, die auf Unterlassung der Zuschlagsentscheidung gerichtet ist (vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13.01.2010, 27 U 1/09).

Der Teufel steckt hier im Detail: Während im Nachprüfungsverfahren oberhalb der Schwellenwerte die Vergabekammern mit Experten besetzt sind, die den Sachverhalt „von Amts wegen“ aufklären, sind die Richter beim Landgericht, die über eine einstweilige Verfügung entscheiden, keine Spezialisten für Vergaberecht. Das Landgericht klärt den Fall - anders als die Vergabekammer - auch nicht von Amts wegen auf, sondern der Kläger muss sämtliche Voraussetzungen für die einstweilige Verfügung vortragen und glaubhaft machen. Dies wird dem unterlegenen Bieter ohne vorherige Akteneinsicht oft nicht gelingen. Die Gerichte entscheiden nicht einheitlich und stellen unterschiedlich hohe Anforderungen an den Erlass einer einstweiligen Verfügung. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf kann dem Kläger bei Lücken im Vortrag durch eine sachgerechte Handhabung der sekundären Darlegungslast und der Glaubhaftmachungslast geholfen werden (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Das sehen aber längst nicht alle Landgerichte so und weisen die Klage oft ab.

Im Verfahren vor dem Zivilgericht über den Erlass einer einstweiligen Verfügung zur Verhinderung des Zuschlags wird es daher nicht möglich sein, die Vergabeakten vorher ausführlich studieren zu können. Aufgrund der der Vergabestelle in diesem Fall obliegenden sekundären Darlegungslast kann man argumentieren, dass dem unterlegenen Bieter die noch fehlenden Informationen durch die Vergabestelle geliefert werden. Diese Erleichterungen entbinden den unterlegenen Bieter jedoch nicht von seiner Pflicht, die Vergaberechtsverletzung, die den Anspruch begründenden Ansprüche und seine Chance auf den Zuschlag darzulegen. Lediglich ergänzend ist dann die Vergaberechtsstelle am Zug, die Umstände aus dem ihr bekannten Geschehensablauf im Vergabeverfahren darzulegen.

Darüber hinaus werden vor Erlass einer einstweiligen Verfügung auch die Interessen des unterlegenen Bieters

mit dem Interesse des Auftraggebers an einer zügigen Fortführung der geplanten Maßnahme abzuwägen sein. Das Interesse des unterlegenen Bieters wird dann zurückstehen, wenn trotz Rechtsverletzung und drohendem Schaden unwahrscheinlich ist, dass er den Zuschlag letztlich erlangen kann (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Deshalb wird die Durchsetzung einer einstweiligen Verfügung für den unterlegenen Bieter derzeit ein dorniger und risikoreicher Weg bleiben. Um hier eine Verbesserung zu erreichen, die den berechtigten Interessen des unterlegenen Bieters in einem Verfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte Rechnung trägt, ist eine spezielle gesetzliche Regelung wünschenswert (vgl. auch van Dyk, Urteilsanmerkung zu OLG Schleswig vom 9. April 2010, IBR 2010, 351).

## IV. Akteneinsicht nach dem Informationsfreiheitsgesetz (IFG)

Transparenz steht hoch im Kurs. Von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt, haben der Bund und die meisten Bundesländer sog. **Informationsfreiheitsgesetze (IFG)** erlassen. Lediglich in Niedersachsen, Bayern, Hessen und Sachsen gibt es keine gesetzliche Regelung für einen Anspruch der Menschen auf Zugang zu behördlichen Informationen

### 1. Weitgehend unbekannt: Informationsfreiheitsgesetz (IFG)

Nach § 1 Bremer Informationsfreiheitsgesetz (BremIFG) vom 16.05.2006 hat jedermann gegenüber den Behörden Anspruch auf Auskunft, Akteneinsicht und Informationszugang. Dies gilt auch gegenüber natürlichen Personen oder juristischen Personen des Privatrechts, soweit sich eine Behörde solcher Personen zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedient. Die Behörde kann etwa Auskunft erteilen, Akteneinsicht gewähren oder Informationen in sonstiger Weise zur Verfügung stellen. Begehrt der Antragsteller eine bestimmte Art des Informationszugangs, so darf dieser nur aus wichtigem Grund auf andere Art gewährt werden. Das Informations- und Akteneinsichtsrecht, das sich daraus ergibt, kann vor dem Verwaltungsgericht eingeklagt werden. Nach dem BremIFG sind die Informationen auf Antrag unverzüglich, spätestens jedoch nach einem Monat, zugänglich zu machen. Das Recht gilt für jedermann: Ein besonderes Interesse oder Rechtsschutzbedürfnis ist nicht erforderlich.

Die Informationsfreiheitsgesetze des Bundes und der Länder enthalten Einschränkungen im öffentlichen Interesse (Schutz von besonderen öffentlichen Belangen, Schutz des noch nicht abgeschlossenen behördlichen Entscheidungsprozesses) und privaten Interessen



(Schutz personenbezogener Daten, Schutz des geistigen Eigentums und von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen). Deswegen ist den betroffenen Unternehmen zu raten, Vorkehrungen zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen zu treffen und Informationen als vertraulich zu kennzeichnen. Bei der Novellierung des Bremer Informationsfreiheitsgesetzes 2011 wurde der absolute Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen eingeschränkt; der Zugang hängt jetzt nicht mehr von einer Einwilligung des Betroffenen ab, sondern kann gewährt werden, wenn das Informationsinteresse des Antragstellers die schutzwürdigen Belange des Betroffenen überwiegt (Abwägung), § 6 BremIFG.

## 2. Informationsfreiheit und Vergaberecht

Die Regelungen des Vergaberechts (VOB/A, VOL/A und VOF) schließen einen Informationsanspruch nach dem IFG nicht aus. Dies hat das Verwaltungsgericht Stuttgart mit Urteil vom 17.05.2011, 13 K 3505/09, entschieden.

Der Kläger, eine GmbH, die mit Büromaterial handelt, hatte sich erfolglos an einer Ausschreibung der Wehrbereichsverwaltung für einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Drucker-Verbrauchs-Material beteiligt. Während der Laufzeit des Rahmenvertrags verlangte der Händler – nach IFG-Bund – Einsicht in die Lieferanten-Reportings, die u.a. Aussagen über die gelieferten Mengen enthielten. Die Wehrbereichsverwaltung hat die Akteneinsicht abgelehnt. Das VG Stuttgart hat dem Händler Recht gegeben, da das Vergabeverfahren abgeschlossen war und die verlangten Lieferanten-Reportings (teilweise geschwärzt) keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthielten und auch öffentliche Belange nicht beeinträchtigt waren.

Ein Vorrang des Vergaberechts besteht, wo Spezialnormen den Informationszugang regeln oder ausschließen: So sind die Angebote der Bieter nach § 14 Abs. 1 Satz 2 VOB/A bis zum Eröffnungstermin unter Verschluss zu halten. Auch § 111 GWB, der die Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren regelt, geht dem allgemeinen IFG vor.

Das Vergaberecht ist aber, siehe oben, nur oberhalb der EU-Schwellenwerte anzuwenden. Daraus folgt, dass bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte die Informationsfreiheitsgesetze uneingeschränkt anwendbar sind. Eine Konkurrenz zum Vergaberecht besteht dann nicht. Ein Akteneinsichtsrecht ist somit nicht nur für (ehemalige) Bieter, sondern für jedermann möglich. Zu prüfen ist jedoch die Schutzbedürftigkeit von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen, von personenbezogenen Daten und von öffentlichen Belangen, die das Akteneinsichtsrecht einschränken können. Die Behörde ist dann nur verpflichtet, eingeschränkt Akteneinsicht zu gewähren, indem sie Aktenauszüge zur Verfügung stellt und kriti-

sche Informationen, deren Übermittlung Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse offenbaren würde, „schwärzt“.

## V. Auf einen Blick

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge gibt es folgende Akteneinsichts- und Informationsmöglichkeiten:  
Oberhalb der Schwellenwerte:

- Akteneinsicht nach Vergaberecht/GWB im Vergabenaufprüfungsverfahren vor der Vergabekammer

- Akteneinsicht nach Abschluss des Vergabeverfahrens nach den Informationsfreiheitsgesetzen (Bund und alle Bundesländer bis auf Bayern, Hessen, Niedersachsen und Sachsen, in denen kein Informationsfreiheitsgesetz erlassen wurde)

Unterhalb der Schwellenwerte:

- Akteneinsicht nach den Informationsfreiheitsgesetzen (Bund und alle Bundesländer bis auf Bayern, Hessen, Niedersachsen und Sachsen, in denen kein Informationsfreiheitsgesetz erlassen wurde)

Alle Akteneinsichts- und Informationsrechte ermöglichen in der Regel keine vollständige Akteneinsicht, da der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Bieter zu berücksichtigen ist.

### Hinweis

*Unser Jusletter beruht auf einer sorgfältigen Recherche der Rechtslage. Deren allgemeine Darstellung kann die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles jedoch nicht berücksichtigen. Der Jusletter dient nur der Information und ist keine vertragliche Beratungsleistung. Er kann deshalb eine individuelle Rechtsberatung nicht ersetzen.*

**Diesen und weitere Jusletter finden Sie auf unserer Website [www.ahlers-vogel.de](http://www.ahlers-vogel.de).**



#### Kontakt

Ahlers & Vogel \_ Bremen  
Contrescarpe 21 \_ 28203 Bremen  
Telefon +49 (421) 33 34-0  
Telefax +49 (421) 33 34-111  
E-Mail: bremen@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel \_ Hamburg  
Schaarsteinwegsbrücke 2 \_ 20459 Hamburg  
Telefon +49 (40) 37 85 88-0  
Telefax +49 (40) 37 85 88-88  
E-Mail hamburg@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel \_ Leer  
Königstraße 32 \_ 26789 Leer (Ostfriesland)  
Telefon +49 (0491) 45 45 229-0  
Telefax +49 (0491) 45 45 229-99  
E-Mail leer@ahlers-vogel.de

Ahlers & Vogel \_ Rostock  
Gerhart-Hauptmann-Str. 24 \_ 18055 Rostock  
Telefon +49 (381) 491 39-0  
Telefax +49 (381) 491 39-99  
E-Mail: rostock@ahlers-vogel.de

\* **Petra Symosek** studierte Rechtswissenschaften in Gießen und ist Rechtsanwältin seit 1998. Seit dem Referendariat ist sie auf Bau- und Architektenrecht spezialisiert. Als Fachanwältin für Bau- und Architektenrecht war sie zunächst in einer Baurechtskanzlei in Berlin tätig, ehe sie 2009 in unsere Sozietät eintrat. Zu ihrer Tätigkeit als Fachanwältin gehören vor allem die Beratung und Vertretung von mittelständischen Bauunternehmen, Architekten und Ingenieuren sowie die baubegleitende Rechtsberatung. Frau Symosek ist Mitglied der ARGE Bau- und Immobilienrecht im Deutschen Anwaltverein und des Deutschen Baugerichtstages.

\*\* **Marcus Oberstedt** absolvierte zunächst eine Ausbildung zum Verwaltungsfachangestellten und war anschließend 14 Jahre in einer niedersächsischen Kommune tätig. Er studierte Rechtswissenschaften in Bremen und ist seit Anfang 2012 als Rechtsanwalt zugelassen und in unserer Sozietät tätig. Herr Oberstedt betreut Mandanten im Bereich des Bau- und Architektenrechts sowie im Vergaberecht.