

Peter Schönberger

Hamburg, den 19. Oktober 2020

An den
Landesbetrieb Immobilienmanagement
und Grundvermögen
Millerntorplatz 1
20359 Hamburg

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

Betr.: **Widerspruch** gegen den Bescheid vom 7. Oktober 2020 zu meinem Antrag auf Informationszugang vom 22. Juli 2020

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit lege ich Widerspruch gegen den Bescheid vom 7. Oktober 2020 zu meinem Antrag auf Informationszugang vom 22. Juli 2020 ein.

Ich hatte meinen Antrag via *FragDenStaat* gestellt und folgendermaßen formuliert:

„meine Anfrage bezieht sich auf den Grundstückskaufvertrag vom 30. September 2017 zwischen der Freien und Hansestadt Hamburg (vertreten durch den LIG) und der ProHa Altona GmbH für das Bahnprojekts Diebsteich, wie er am 26. Juni 2020 im Transparenzportal der FHH veröffentlicht wurde.

<http://suche.transparenz.hamburg.de/dataset/kv-fhh-proha-nachbehandelte-schwaerzung?forceWeb=true>

Als Anlage 1 ist dem Vertrag ab Seite 74 das „Endangebot“ der erfolgreichen Bieter beigefügt, das auf den 21. August 2017 datiert war. In einem Vermerk des LIG vom 10. September 2017 für die Sitzung der Kommission für Bodenordnung am 28. September 2017 hieß es auf Seite 8, alle Bieter hätten „Ende Juli 2017 fristgerecht ihre finalen Angebote“ eingereicht.

Hiermit beantrage ich Zugang (1) zum „finalen Angebot“ der erfolgreichen Bieter von Ende Juli 2017 und (2) zum „Verfahrensbrief Endangebot“, mit dem offenbar Ende Juli 2017 oder Anfang August 2017 zur Abgabe eines Endangebots eingeladen wurde.“

Sie haben meinen Antrag mit der Begründung abgelehnt, Zugang könne nicht erteilt werden, „da höherrangige Rechtsvorschriften dieses verbieten“. Sie stützen sich dabei auf § 9 Abs. 1 HmbTG und beziehen sich auf die Vertraulichkeitsgebote des Vergaberechts, konkret auf § 5 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge („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 Auftragsvergabe¹.

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) 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 (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 (1) der Vergabeverordnung² sich erkennbar auf die erwähnte EU-Richtlinie stützt, hat § 5 (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.

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

² Ebenso wie § 5 (3).

Dies ist bei § 5 (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 (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 dies 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 Vergaberechts, die in der Vergabeverordnung 2016 ihren Niederschlag gefunden hat, noch nicht Rechnung tragen. Insofern sind die entsprechenden Ausführungen in dem Kommentar inzwischen überholt.

Ich fordere Sie daher auf, im Lichte der von mir beschriebenen tatsächlichen Rechtslage meinen Antrag erneut zu prüfen.

(1) Zum „finalen Angebot“ des erfolgreichen Bieters von Ende Juli 2017

Ich kann nicht erkennen, dass mögliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse in diesem finalen Angebot enthalten sein sollen. Vorsorglich weise ich darauf hin, dass gegebenenfalls das Informationsinteresse das Geheimhaltungsinteresse überwiegt. Es geht mir darum, zu überprüfen, ob es bei dem fraglichen Vergabeverfahren zu Verstößen gegen vergaberechtliche Vorschriften gekommen ist. Das liegt im öffentlichen Interesse, vor allem um zu verhindern, dass sich solche Verstöße in Zukunft wiederholen.

Ein möglicher Verstoß liegt darin begründet, dass in Gestalt der Haspa Projektentwicklungs- und Beteiligungsgesellschaft mbH (HASPA PeB) ein Bieter den Zuschlag erhalten hat, der sich nicht am Teilnahmewettbewerb für das Vergabeverfahren beteiligt hatte.

Im EU-Vergaberecht gilt nämlich das Erfordernis der rechtlichen und tatsächlichen Identität zwischen den in der Vorauswahl berücksichtigten Wirtschaftsteilnehmern und den Wirtschaftsteilnehmern, die Angebote abgeben. Im Verhandlungsverfahren stellt die Frist für den Teilnahmewettbewerb dabei eine entscheidende Zäsur dar. Nur bis zu diesem Zeitpunkt eingegangene Teilnahmeanträge sind gültig. Ein verspäteter Teilnahmeantrag darf nicht berücksichtigt werden. Ebenso kann ein Zusammenschluss eines Unternehmens, das einen Teilnahmeantrag fristgerecht eingereicht hat, mit einem bisher unbeteiligten Unternehmen nicht als zulässig angesehen werden. Dadurch würde es nämlich ermöglicht, verspäteten Teilnahmeanträgen über den Umweg einer Bietergemeinschaft doch noch zur Zulässigkeit zu verhelfen. Dies wäre ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz³, der durch Artikel 65 (2) der Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich untersagt ist.

Meine Vermutung ist, dass die Haspa Projektentwicklungs- und Beteiligungsgesellschaft mbH (HASPA PeB) an der Abgabe des finalen Angebots Ende Juli 2017 nicht beteiligt war, sondern rechtswidrig erst für das sogenannte „Endangebot“ vom 21. August 2017 einbezogen wurde.

³ Siehe dazu *Johannes Lux*, Bietergemeinschaften im Schnittfeld von Gesellschafts- und Vergaberecht, Berlin 2009, insbesondere die Seiten 85 - 91.

Ob diese Vermutung zutrifft, lässt sich durch die von mir beantragte Offenlegung des finalen Angebots überprüfen.

(2) Zum Verfahrensbrief Endangebot

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

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

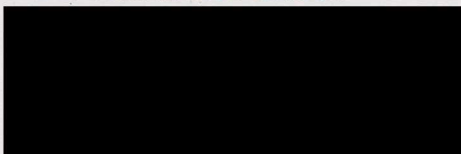
Auch hier weise ich vorsorglich darauf hin, dass das Informationsinteresse ein mögliches Geheimhaltungsinteresse überwiegt.

Der Zugang zu dem Verfahrensbrief Endangebot würde es erlauben, die Vermutung zu bestätigen oder zu entkräften, dass es im fraglichen Vergabeverfahren zu einem Verstoß gegen § 3b EU der Vergabebestimmungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU (VOB/A – EU) gekommen ist. § 3b (3) 6 verbietet es dem öffentlichen Auftraggeber, mit dem Bieter über die endgültigen Angebote zu verhandeln.

Dass nach Abgabe der finalen Angebote offenbar noch ein Endangebot angefordert wurde, legt die Vermutung nahe, dass zumindest über das finale Angebot eines Bieters noch weiter verhandelt worden ist.

Ich bitte darum, mir den Eingang meines Widerspruchs zu bestätigen. Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit erhält im Rahmen einer Anrufung gemäß § 14 des Hamburgischen Transparenzgesetzes eine Kopie dieses Schreibens.

Mit freundlichen Grüßen



Peter Schönberger

Kopie

Hamburgischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit