

UPDATE VERGABERECHT

WEITER AUSKUNFTSANSPRUCH BEI ENWG-KONZESSIONSVERGABEN

BGH, Urteil vom 07.09.2021 – EnZR 29/20

Die Altbetreiberin A war im von der Kommune K nach § 46 EnWG (alt) durchgeführten Verfahren zur Neuvergabe der Gaskonzession dem Angebot der kommunalen Tochter T unterlegen und wird von K auf Herausgabe des Netzes verklagt. Parallel hierzu klagt A auf Einsicht in die ungeschwärzte Angebotsauswertung. Im Vergabeverfahren hatte K noch die Auskunft verweigert und im von A angestrebten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes lediglich eine unvollständige, teilweise geschwärzte Kopie des Auswertungsvermerks eingebracht. LG und OLG verneinten beide den Auskunftsanspruch.

Auf die Revision gibt der BGH A Recht. Zwar könne sich A nicht auf den Auskunftsanspruch nach § 47 EnWG (neu) berufen; ein Anspruch folgte aber auch bereits nach dem alten Recht aus dem Transparenzgebot, das nach § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und § 46 Abs. 1 EnWG zu beachten ist. Die Kommune sei hieraus verpflichtet, dem unterlegenen Bieter auf sein Verlangen sämtliche Erwägungen mitzuteilen, aufgrund derer sie anhand der bekannt gemachten Auswahlkriterien zu ihrem Ergebnis gekommen ist. Hierzu sei es erforderlich aber auch ausreichend, dass die Kommune eine ungeschwärzte und vollständige Kopie des Auswertungsvermerks überlässt. Schwärzungen seien nur erlaubt, wenn diese zum Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen notwendig sind. Ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse sei aber nur zurückhaltend anzuerkennen und komme nur in engen Ausnahmefällen in Betracht. Dies gelte insbesondere, wenn der Sieger mit der Kommune verbunden ist.

Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung ist eine notwendige Konsequenz der jüngeren Rechtsprechung des BGH, nach der der Kommune einerseits ein weiter Spielraum bei der Ausgestaltung der Auswahlkriterien zukommt und andererseits selbst bei Konzeptbewertungen nur moderate Anforderungen an die Konkretisierung der Bewertungsmaßstäbe auferlegt werden. Im Gegenzug hatte der BGH die Kommune zu einer eingehenden Dokumentation des Wertungsprozesses verpflichtet, um die Überprüfbarkeit zu sichern. Diese Dokumentation ist aber nur dann etwas wert, wenn der unterlegene Bieter diese kennt. Zwar geht mit dieser Kenntnis die Gefahr einher, dass der Bieter in einer neuen Angebotsrunde sein Angebot hierauf anpasst. Nach dem BGH ist dies aber im Interesse der Transparenz hinzunehmen.

Auch im allgemeinen Vergaberecht ist anerkannt, dass dann, wenn bei der Wertung Konzepte eine Rolle spielen, die Informationsansprüche nach § 134 Abs. 1 GWB grundsätzlich umfangreicher sind, siehe zuletzt VK Bund, Beschluss vom 29.10.2021 – VK 2-109/21.